JOSEPHI AVERANII,
INTERPRETATIONUM JURIS
LIBRI QUINQUE.

JOSEPHI AVERANII

V. CL. JURISCONSULTI, ET IN ILLUSTRI ACADEMIA PISANA, DUM VIVERET, ANTECESSORIS

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBRI QUINQUE

In quibus multa cum Juris Civilis, tum aliorum Veterum Scriptorum loca nova ratione illustrantur.

Multa item ex antiquitate Romana Græcaque docte pertractantur.

EDITIO NOVISSIMA

IN TRES TOMOS DISTRIBUTA

Cum Indicibus, et Vita Auctoris.

TOMUS PRIMUS.



NEAPOLI

Ex Typographia Josephi Campi

MDCCLXXVII.

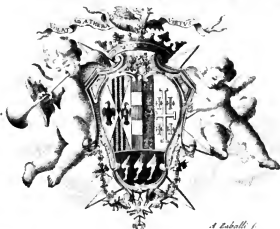
SUMPTIBUS VINCENTII DE ALOYSIO.

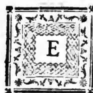
SUPERIORUM FACULTATE.

EXCELLENTISSIMO DOMINO

JOSEPHO BECCATELIO

DE BONONIA MARCHIONI SAMBUCÆ, ET ALTAVILLÆ, COMITI PETRÆ ALBÆ, EX PRINCIPIBUS CAMPI REGALIS, EQUITI INSIGNIS REGALIS ORDINIS S. JANUARII, ATQUE S. JOANNIS HIEROSOLYMITANI EQUITI HEREDITARIO, UTRIUSQUE SICILIÆ REGIS INVICTISSIMI FERDINANDI IV. CONSILIARIO, CUBICULARIO, ET STATUS A SECRETIORIBUS, &c. &c. &c.





ECcuinam, Domine Excellentiſſime, hoc Clariſſimi *Joſephi Averanii* Opus, quod noviſſime ſum editurus, poſtquam e Lugdunenſi prælo ad nos pervenit, ſub titulo *Interpretationum Juris Juſtinianei*, dicatum tradam, quam tibi uni, cui conſtans eſt, & perpetua voluntas jus ſuum unicuique tribuendi? Perpetua

ſane

ſane in te eſſe oportuit, quam tot ſæculorum intervallo, ab initio ſcilicet ſæculi duodecimi Vulgaris Æræ perenniter in te unum, e Bononienſi ſolo per Petrum Patrem tuum Proavi familiæ tuæ derivarunt. Quia enim conſtanter pro ea decertarunt in Republica Bononienſi ſub Gregorio IX. Pontifice Maximo, ne avitam fidem proderent, patriis relictis laribus, in eam Siciliæ partem, quæ ultra Pharum eſt, ſub Roberto Rege, Romano Pontifici addictiſſimo commearunt. Inde ad nos Antonius Panormita Magni Alphonſi Regis noſtri, & ipſe a Secretis in hocce Neapolitanum Regnum Nilana in Regione perilluſtre nomen Familiæ tuæ collocandum tranſvexit. Per hunc promeruit, ut hujuſce Regis munificentia Regali ſtegmate perenniter tua Proſapia donaretur, ut poſteris inde ineluctabile daretur argumentum, ex tuo nomine fore aſſumendos, qui poſt Regem primi poſſent Reipublicæ gerendæ onus ſuſtinere. Mitto inferioris ſubſellii Viros, per quos Rationum Regiarum computa fuere in Sicilia pro Regali patrimonio adminiſtrata. Atque in longum volumen excreſceret, ſi eos percenſere animus mihi eſſet, quos pro extraordinariis Reip. cauſis e latere ſuo Reges noſtri, Romanique Imperatores ad potentiores Europæ Principes ablegarunt.

Sed quid hos commemorare opus habeam, cum hæ non tuæ, ſed tuorum ſint laudes? Nec iſtæ, ſed illæ Hungaricæ Reginæ, ejuſque filii Imperatoris Auguſti ore concelebratæ Regis noſtri, qui te ad id muneris delegerat, ut ejus perſonam gereres penes Cæſarem, animum permoverunt,

runt, ut una ſimul cum Clementiſſima noſtra Regina tanto viro digna, te præ ceteris a ſecretioribus, ſanctioribuſque conſiliis primum haberent.

Sane ingenii tui acumen in penetrandis rebus, iiſque ordine ſuo adæquate gerendis, cultiorum literarum, ac Publici juris præcipue ſtudium te longe antea eo vocatum, unde publico bono conſpicimus, demonſtrarant.

Quis ergo non auſpicabitur illam Regno noſtro per te promovendam felicitatem, quam jamdiu ſub Pharaonibus Juſtus ille Jacobi filius JOSEPHUS Egypto detulit? Non eſt apud te acceptio perſonarum; nec enim reſpicis perſonam hominis, ſed Deum ipſum verum juſtitiæ fontem: caro, & ſanguis non prævalent adverſum te; non eſt dolus in lingua tua; nec quidquam e verbis tuis erit detrahendum; cum veritas e fonte ſuo nitidiſſima prodire videatur.

Quis non mirabitur, ſi te non tam a longe proſpexerit, comitatem, pietatem, Religionem, tuamque fidelitatem? Accipe, quæſo, hoc, qualecumque ſit, obſequentiſſimi animi monumentum, quod Tribonianus pro Reipublicæ Romanæ tranquillitate ſub Juſtiniani auſpiciis compilaverat. Tali enim dignus eſt dono, cujus eadem eſt cum illo pro ſui Principis immortali gloria, ſolicitudo, & ſtudium. Servet te diu Deus Optimus Maximus Regi, & Regno, ut inde, quod a te virtus expectat, vitium perhorreſcit, per juſtitiam commutativam alter non lædatur, ſed quisque, quod ſuum eſt, accipiat; per diſtri-

buti-

butivam vero de te bene merentibus præmia; male operantibus pœnæ retribuantur.

Neapoli 1. Augufti 1777.

Humillimus & Obfequentiffimus Servus
Vincentius de Aloyfio.



VITA
JOSEPHI AVERANII.



UAST ita in fatis fuisset, ut, quo in loco humaniores litteræ, barbare diu oppressæ, rursus caput extulerunt, in eodem & Jurisprudentia, numquam ab his separanda, pristino nitori restitui debuisset: ita utræque in Italia eodem fere tempore nec dissimili successu de insigni injuria, quam impurissimus quisque iis intulerat, gloriose triumpharunt. Postquam enim immortalis ille *Petrarcha*, inprimisque Græci in Italiam profugientes humanitatis studia a superiorum temporum fecibus repurgassent, extitit etiam, qui tenebras Jurisprudentiæ ab incondita Glossatorum turba offusas, miro litterarum lumine dispelleret, *Andreas Alciatus*. Verum uti non quælibet terra quaslibet, ut ait ille, herbas alit, ita & Italia artium fere omnium parens & altrix, Jurisprudentiam, quamquam denuo protulerat, tamen Galliæ quasi nutriendam ornandamque concessit. Ac pauci quidem deinde, si eorum memoria replicetur, in Italia sunt inventi, qui sibi nominis quoddam decus in Jurisprudentia peperissent. In his vero extitit nuper, qui non solum civibus suis, sed multis præterea aliarum gentium Jurisconsultis palmam dubiam reddidit, Vir eximius, *Josephus Averanius*. Quem ego si Juris tantum summam scientiam consecutum dicerem, magnum illud quidem esset, & honoris haud vulgaris plenum, sed tamen infra dignitatem meritumque tanti viri; cum is tot alias gravissimasque artes tam solerti sit ingenio complexus, ut in qualibet earum cum his, qui omnem ætatem in iis contriverunt, certare potuisse videatur. Nihil enim ætas nostra vidit *Averanio* Græcis Latinisque litteris politius, nihil in Antiquitatis monumentis sagacius, nihil in Mathesi & Philosophia acutius, nihil denique in Jurisprudentia excellentius. Hunc virum talem ac tantum Italiæ ocellus, Florentia, civitas, ut constat, præstantium ingeniorum ferax, die 20. Martii Anno 1663. protulit. Patre ille usus est *Joanne Francisco Averanio*, homine erudito & Mathesi inprimis dedito: matre *Margaretha Sacchettina*. Fratrem natu majorem habuit Italiæ suæ Tullium, *Benedictum*, cujus disertissima opera extant, cupideque ab iis, qui Latinarum Venerum sunt intelligentiores, leguntur; fratrem vero minorem, *Nicolaum*, Jurisconsultum, inter principes Italiæ Mathematicos jure suo referendum. Adolescens *Josephus* una cum *Nicolao* in Collegio Florentino iis artibus eruditus est, quibus puerilis ætas impertiri solet; idque inprimis duce doctissimo *Garia*, quo jam antea *Benedictus* magistro fuerat usus. Hic cum brevi tempore tantum profecisset, ut ipsum præceptorem in admirationem sui raperet, contulit se inde ad graviorum doctrinarum studium, idque Pisas, ubi tum frater *Benedictus* magna cum nominis fama limatioris Greciæ Latiique cultum tradebat. Dedit igitur per quatuor annos Fratri aliisque artium & Jurisprudentiæ doctoribus

b eam

eam operam, quam haud exſpectes ab adoleſcente tam teneræ ætatis. Itaque annum viceſimum vix dum egreſſus, tanta cum in Jure, tum in Geometria jam ceperat incrementa, ut non ſolum doctoris inſignia conſequi poſſet, ſed aliis etiam in his artibus ingenti cum laude viam præiret. Teſtem hujus rei excito ipſum Fratrem *Benedictum*, qui in luculenta Oratione, qua *Joſepho* & *Nicolao* Doctoris ornamenta detulit, quamvis a pudore ſuo vix impetraverit, vere tamen ita prædicavit: *Quo probe conſtituto, jam audacter fatebor, meos candidatos, & eloquentiæ ſtudiis ita deditos fuiſſe, ut & carmen condere non abſurde, & orationem componere poſſint non ineleganter; & in hiſtoria atque antiquitate cognoſcenda plurimum temporis conſumpſiſſe: &, cum viderent Latinas litteras ſine Græcis quodammodo claudicare, aſſumendam ſibi Græcæ linguæ cognitionem cenſuiſſe; quo in ſtudio mirificos profectus habuere. Dicam ego quod ſentio, & dicam non augendi cauſa, ſed quod ita ſe rem habere certo ſciam; paucos arbitror hoc tempore adoleſcentes tantam eſſe Latini ſermonis, quantam hi Græci ſunt, ſcientiam conſecutos. Quotus enim quiſque in hac tenera ætate præcipuos Latinitatis Auctores ſtudioſe lectitavit, aut commode poteſt aliis, & ſcienter explicare? At hi non principes modo Græci ſermonis Auctores, ſed multos alios aſſidua lectione contriverunt, & ſtudioſis adoleſcentibus interpretantur; docendique litteras Græcas munere ea ætate funguntur, qua ſi diſcerent, non vulgarem laudem adepti putarentur. Jam in Philoſophia artium parente, magiſtra vitæ, luce veritatis, quantum profecerint, ſi dicere inſtituam, vereor, ne oblitus propoſiti mei videar, horum laudes exaggerare velle dicendo. Sed, ut volet, quiſque exiſtimet: ego verum non occultabo: omnia hi veterum Philoſophorum placita, omnes rationes, omnes indagandæ veritatis vias tenent. Ad hæc quæcumque ſunt recentiorum ingeniis inventa præclare, animo & cogitatione comprehenderunt, &, aut me amor fallit, aut nemo æqualium his eſt, vel in diſſerendo ſubtilior, vel in excogitando acutior, vel in colligendo ſolertior. Quid autem de Mathematicis dicam? non elementa Geometriæ ſolum, ſed arcana magis recondita, Apollonii doctrinam admirabilem, Archimedis inventa divina, aliorum præterea cum veterum, tum recentium habent cognita & pertractata. Qua freti ſcientia, & a Geometris propoſitas ſolvere quæſtiones, & multa ſuo Marte poſſunt, eaque non contemnenda ſagaciter invenire. Quid, quod in illam ſiderum altitudinem animum cæleſtium capacem ſubduxerunt, multipliceſque & inenarrabiles aſtrorum vias modo ſe humilius circumagentium, modo in immenſam altitudinem ſubeuntium, retrogradientium, ſuos curſus retardantium, accelerantium, conſiſtentium, & eorum ortus obituſque & latitudines, & longitudines, & intervalla, & magnitudines cognoverunt? & Ptolomæum clariſſimum cæli interpretem, ſed cujus libri in magna rerum & orationis obſcuritate verſantur, inter ſidera ſpatiantem, & abditiſſima naturæ arcana rimantem, & permeantem per ſe nullo duce ſunt aſſecuti; quod, quantum ſit opus, explicarem, niſi adeſſe viderem doctiſſimos viros, qui experiendo didicerunt. Quæ tanta ingenii, eloquentiæ, doctrinæ ornamenta, his præſertim moribus, integritate vitæ, modeſtia, gravitate, continentia illuſtrata, cum ad noſtrum Jus civile contulerint, lætandum nobis eſſe duco: ſpero enim haud exiguum olim, cum ſe confirmaverint, Juriſprudentiæ lumen allaturos. Sed, ut ornabunt hi Juriſprudentiam, ita par eſt, ut ab ipſa interim Juriſprudentum ornentur inſignibus; quapropter ipſis ea lætus lubenſque, vobis, Patres, decernentibus, trado.*

Joſephus vero exſpectationem omnem, quamlibet magnam, ut ſuperaret, acriter pergebat in decretis veterum Philoſophorum perquirendis, explicandis Mathematicorum Problematibus, aſtrorumque mirabili curſu cognoſcendo. Multum tribuebat ſapientiæ Philoſophi Stagiritæ, ita tamen, ut illi Philoſophorum Deo, Platoni primas

mas deferendas censeret. Hunc enim ingenii doctrinæque principem ponebat, ab hoc tamquam fonte, ratus, omnem solidiorem doctrinam latissime dimanare. Quid vero dicam de familiaritate, quam cum antiquis Mathematicis contraxerat? Testes sunt Interpretationes ejus nondum editæ in *Archimedem*, ejusque interpretem *Eutocium*, & in *Ptolomæi Almagestum;* quæ si quando ab interitu vindicentur, habebunt profecto harum rerum studiosi, qui iis facem præferat in tot tamque obscuris horum Auctorum locis intelligendis. Hos artis magistros etsi summo studio triverat *Josephus*, excellens tamen fuit & prope singularis ejus industria, quam posuit in *Apollonii* doctrina dilucidanda. In qua quidem quo plures difficultates reperit, eo magis sibi eluctandas esse putavit. Cumque haud nescius esset, Geographiam Matheseos partem esse minime postremam, tanta hujus cognoscendæ cupiditate incensus est, ut Græcos Latinosque Geographos omnes incredibili studio perlegeret, verteretque in usus suos.

Redux Pisas *Averanius* in dies illustriora dedit doctrinæ suæ documenta, auctore inprimis & adjutore *Ant. M. Salvinio*, cujus sibi amicitiam pepererat morum studiorumque similitudo. Huic viro Græce tam docto tamque polito merito adhæsit *Averanius* noster, numquam, quod ipse fassus est, nisi Græce doctior, ab ejus latere decedens. Quamquam vero ipse, ut diximus, variis doctrinis animum adjecit; tamen quasi impetu quodam singulari ad Jurisprudentiam ferebatur. In qua quidem quot nodos solverit, quantasque tenebras dissipaverit, indicio sunt doctissimæ ejus Interpretationes. Non est necesse, ut multas eruditorum, quibus opus hoc ornarunt, laudes congeramus. Satis erit, Hispaniæ suæ decus, *Gregorium Manjansium* audire, qui non minus scite, quam vere ita judicat: *Hoc scribendi genere superat* Averanius *omnes ante se interpretes. In disputationibus istis dubium est utrum majus ingenium, an judicium; expeditio, an elegantia*. Constat, varias esse vias, quas ingressi Jurisconsulti leges Romanas interpretari vel emendare solent. Cum enim alii in locis dubiæ lectionis ad Florentinorum Pandectarum, alii ad Græcorum, alii denique ad Vulgatæ editionis auctoritatem se conferunt, *Averanius* noster Vulgatam, quoad ejus fieri posset, sequendam putavit. Erat enim vir præstantissimus a corrigendi studio alienior: quod cum alibi ex ejus Interpretationibus, tum vel maxime ex justo acerbiore in Criticos præfatione, Fratris *Benedicti* Operibus præmissa, patet. Neque tamen respuebat omnino lectionem Florentinam, si vel ratio vel consensus alterius Codicis accessisset. Interim fatendum est, tanto eum acumine, tamque limato judicio Vulgatæ causam egisse, ut facile appareat, eum cum Juris studio subtilem Geometrarum demonstrandi rationem conjunxisse.

Fama igitur nominis ejus latius increbrescente, COSMUS III. Dux Maximus, dignum eum inprimis censuit, cui Juris Civilis docendi provincia in Academia Pisana mandaretur. Ac tantum absuit, ut Principis aliorumque exspectationem falleret, ut potius conjungendis Græcarum litterarum cum Jure Civili institutionibus longissime superaret. Itaque factum est, ut brevi post a Principe Maximo filio suo JOANNI GASTONI, & deinde Magno Florentiæ Duci præceptor daretur. Ad quem quidem felicitatis gradum quamvis sua virtute pervenerit; accessit tamen & commendatio *Henrici Norisii*, qui eodem tempore Principi historiæ & numismatum scientiam tradebat. Atque hoc vel propterea commemorandum putavi, quia non minor laus est, *Norisio*, quam tanto Principi placuisse. Profecto, si dicendum, quod res est, *Averanius* non umbram scientiæ, sed scientiam ipsam, neque earum unam alteramve, sed totum illum doctrinarum orbem, quem Græci apto verbo ἐγκυκλοπαιδείαν vocant, capaci est ingenio complexus. Quod nisi libri ejus satis lo-

loquerentur, tot Itali adhuc eruditione florentes, tot discipuli liberali ab eo impertiti doctrina ingenue testarentur. Non tulit superiori memoria Italia, quem non dicam anteponere, sed comparare cum *Norisio* potuisset. Atque hic vir talis ac tantus stupuit ad doctrinam, quam *Averanius* legendis Conciliis, Canonibus, Patribus & Apologeticis erat consecutus.

Nihil umquam gratius accidit *Josepho* nostro consuetudine hominum eruditorum. Cumque tanta esset morum suavitate, ut omnes facile alliceret ad amorem sui, eruditione autem tanta, ut quisque eum differentem libentissime audiret, pervenit in amicitiam eximiorum virorum, *Henrici*, quem diximus, *Norisii*, *Antonii M. Salvinii*, *Rilli*, Jurisconsulti, Comitis *Magalotti*, *Forzoni Accolti*, *Migliorucci Giannetti*, *Grandii*, *Valsechii*, *Gorii*, & aliorum. Quam quidem ita constanter coluit, ut nulli umquam causa conquerendi fuerit data.

Prudentia quanta fuerit, vel hoc indicio erit, quod eum non viri solum eruditi, sed ipse Princeps COSMUS III. ejusque primores amici gravibus de rebus in consilium adhibuere. Neque hoc prætereundum est, quod inprimis commemorari meretur, Rotam Romanam clarorum Jurisconsultorum adhuc viventium auctoritate uti, sed nomen reticere solitam, quoties *Averanium* ad partes vocaret, a semetipsa desciviffe, ejusque & auctoritatem laudasse & nomen.

Dicerem, rerum quoque naturalium singularem in eo peritiam fuisse, nisi quisque ex Observationibus Philosophicis, Physicis & Mechanicis, quæ in Transactionibus Societatis Londinensis (cujus membrum fuit) extant, judicium facere posset. Sæpe in Observatorio Academiæ Pisanæ una cum aliis Professoribus præsertim ope Machinæ Pneumaticæ *Boyleanæ*, præsente COSMO III. ejusque filio, Physicas Observationes instituit. Ipsius etiam quædam sunt de soni propagatione experimenta; in qua indaganda se ei adjunxit Vir Illustris, *Henricus Newtonus*, Regis Britannorum ad Florentiæ Ducem Legatus. Hujus aliorumque laborum fructum cum sæpius tulit, tum Anno 1721. quando ornatissimi quique *Averaniæ* disciplinæ alumni æneum ei numisma cum effigie dedicarunt.

Nec poeticæ suavitatis, quod mireris, expers fuit, quamvis tetricæ Jurisprudentiæ & tot gravioribus doctrinis addictus. Carmina quidem ejus ob verborum sententiarumque splendorem ita se probarunt judici harum rerum vel inprimis perito, *Petro Burmanno*, ut ea sibi typis vulganda postularet; ad quem etiam *Averanio* adhuc superstite sunt transmissa. Hæ igitur fuere præcipuæ dotes *Averanii* nostri, quas, cum per se pateant, latius persequi non est necesse. Quemadmodum vero ad litteras natus factusque videbatur, ita & in iis sibi consenescendum putavit. Neque quidquam prius ab industria solita remisit, quam die 5. Dec. 1737. quando apoplexia, qua deinde per decem fere menses crudelissime est vexatus, memoriam ei abstulit omnem. Expiravit vero cælebs, castitatis, si quis alius, servans, die 24. Augusti 1738. hora 9. matutina, annos natus 75. menses 5. dies 4. Bona sua testamento reliquit Patribus Hospitalaribus *S. Joannis*. Bibliothecam lectissimam donavit Academiæ Pisanæ, varios præterea amicos legatis ornans. Sequenti die, qui Lunæ erat, corpus ejus in Ecclesia PP. Prædicatorum *S. Marci* sepulchro est conditum. Qua de re ut omnes certiores fierent, jussit Ampl. Senator, *Petrus Franciscus Riccius*, Præses Ordinis Equitum S. Stephani, & Academiarum Pisanæ & Florentinæ, *Averanii* quondam discipulus, sequens elogium a doctissimo *Gorio* confectum portæ Ecclesiæ inscribi.

ADE-

ADESTE CONLACRYMANTES FLORENTINI CIVES.
PERPETVI MOERORIS ET LVCTVS NON VNA VOBIS CAVSA.
JOSEPHUS AVERANIUS
JURISPRUDENTIAE MAXIMUM LUMEN.
BONARUM ARTIUM COLUMEN.
PATRIAE DECUS, PISANI ATHENAEI BENEFICUM SIDUS.
AETATIS NOSTRAE INSIGNE ORNAMENTUM.
ELOQUENTIAE,
PHILOSOPHIAE, GEOMETRIAE, ASTRONOMIAE,
CUNCTARUMQUE DISCIPLINARUM ARBITER DOCTISSIMUS.
SUMMUS NATURAE
RERUM, OMNISQUE ANTIQUITATIS INTERPRES.
EXTINCTUS EST.
VIRO JUSTO. PRUDENTI. OPTIMO. CHRISTIANA PIETATE.
MODESTIA. CONTINENTIA.
ANTIQUIS ILLIBATISQUE MORIBUS ORNATISSIMO.
AMORE. CONSILIO.
LIBERALITATE DE OMNIBUS
PRAESERTIM EGENIS OPTIME MERITO.
EDITIS EDENDISQUE RARISSIMI INGENII
SUI MONIMENTIS IN OMNIUM SAECULORUM
MEMORIA SEMPER VICTURO.
LUCIS AETERNAE CONSORTIUM
ADEO ENIXIS PRECIBUS IMPLORATE.

Antonius vero *Nicolinius*, Vir Nobilissimus, suis ei impensis sepulchrum vario ornatum marmore cum ejusdem effigie in numismate marmoreo dicavit, hoc addens epitaphium.

JOSEPHO AVERANIO.
CIVI FLORENTINO BENEDICTI ET NICOLAI FRATRI
IN PISANA ACADEMIA LIII. ANNOS LEGUM INTERPRETI
JURIS CONSULTORUM SUI TEMPORIS MAXIMO
PHILOSOPHIA GEOMETRIA ASTRONOMIA
GRAECIS LATINIS LITTERIS POESI ELOQUENTIA
ROMANAE HISTORIAE COGNITIONE CLARISSIMO
RELIGIONE MORIBUS SPECTATISSIMO
PRAECEPTORI OPTIMO
QUI VIXIT ANN. LXXV. MENSES. V. D. IV.
OBIIT IX. KAL. SEPT. ANNO A CHRISTO NATO
MDCCXXXVIII.
ANTONIUS NICOLINIUS
EX MARCHIONIBUS PONTIS SACCI
ET CASTRI CAMULIANI
H. M. D. S. P. F. C.

OPE-

OPERA *Averanii* EDITA hæc funt.

Interpretationum Juris Libri II. Lugduni Batavorum 1716. iterum editi 1736. in 8.
Interpretationum Juris Libri tres pofteriores, Opus pofthumum, primum editi Lugd. Batav. 1746. iterum vero hic excufi, cum duobus prioribus.
De calculorum feu latrunculorum ludo Differtatio. In Venezia 1743. nel Tom. VII. della Mifcellanea di varj Opufcoli.
Difputatio *de Jure Belli ac Pacis*. Florentiæ. 1703.
Differtatio *de Repreffaliis* habita Pifæ 1713. magno cum fuo, tum Lycei Pifani honore coram Sereniff. Rege Poloniarum & Electore Saxoniæ, FRIDERICO AUGUSTO III. qui tum princeps Juventutis Italiam perluftrabat.
De Libertate Florentiæ.
Vita Benedicti Averanii, fratris fui, in principio Operum ejufdem *Benedicti*.
Confultationes & Refponfa Juridica feorfim edita.
Prefazione alle Poefie Tofcane di Mons. Anfaldo Anfaldi impreffe in Firenze nel 1704.
Lezioni fopra la paffione di S. C. Urbino 1738.
Lezioni Tofcane, in Firenze 1744. Hujus præclari Operis, quod ingenti eruditione ex facris profanifque Scriptoribus tam Græcis, quam Latinis arceffita refertum eft, in lucem proferendi initium nuper fecit Cl. *Gorius*; cui ut finem quam primum imponat, ferio optamus.

OPERA INEDITA.

De Lampadum ludo Differtatio.
Elegiæ, & Epigrammata, & alia Carmina.
Opufcula Mathematica.
Efperienze fatte fopra le gemme, e pietre dure collo Specchio Uftorio.
Efperienze fopra la propagazione del fuono.
Hæc OPERA fere omnia Florentiæ prælo fubjecta funt 4. Volum. in 4.
Alia quædam ejufdem Cl. Viri Opera MSS. in Bibliotheca Academiæ Pifanæ extare feruntur; quæ ut aliquando, ficut dignitas argumenti, fcribendique ratio meretur, a tenebris vindicentur, omnes, quibus folidior doctrina curæ cordique eft, nobifcum etiam atque etiam exoptant.

INDEX CAPITUM

Quæ in Tomo primo continentur.

LIBER PRIMUS

sionis, & aditionem hereditatis. De actibus legitimis; de cretione: de acceptilatione: de Procuratore Cæsaris, & aliis, quæ luculenter explicantur.

CAP. XIII. Ad L. 2. §. sed etsi mater ff. ad SC. Tertull. & L. 1. §. qui habebat ff. de poss. contr. tab. *Nova quæstio proponitur. An agnatio & cognatio simul junctæ constituant potentius vinculum ad succedendum. An agnatus remotus possit mutuari gradus proximitatem a cognatione, ut excludat proximiorem cognatum: & an duplex vinculum quicquam operetur. De successione agnatorum, & cognatorum & bonorum possessionibus* Unde legitimi, & Unde cognati *differitur luculentissime.*

CAP. XIV. Ad L. hujusmodi 84. §. si quis servum ff. de legat. 1. *De dolo dante causam contractui pertractatur uberrime. De exceptionibus, quæ insunt contractibus. An sit ipso jure nullus contractus, cui exceptio inest. Ordo veterum judiciorum explicatur. Discrimen inter contractus strictos, & bonæ fidei.*

CAP. XV. Ad L. hæc si res 47. ff. de rei vindic. *An dominium transferatur in possessorem sola voluntate domini, etiamsi res præsens non sit. In judiciis quæ res præsens dicatur, quæ absens. Multa de veteri forma judiciorum exponuntur: & de rei vindicatione accurate pertractatur.*

CAP. XVI. Ad L. ejus qui 41. ff. de reb. credit. *De errore impediente dominii translationem. An qui agit ut transferat aliud dominium, quam quod transferre vellet, ullum dominium transferat. Comparatur hic error errori in corpore rei. Discrimen hac in re inter libertatem & dominium.*

CAP. XVII. Ad L. si ego pecuniam 18. ff. de reb. cred. *Error in causa contrahendi vitiat contractum, non obstat dominii translationi. Conciliantur Ulpianus & Julianus.* Nummos non fieri accipientis, & mutuum non contrahi, *promiscue a Veteribus accipiuntur. Ad dominium transferendum sufficit causa putativa.*

CAP. XVIII. Ad L. si quis vinum 9. ff. de vin. trit. & ol. leg. *Agitur de errore tum in nomine proprio, tum in nomine appellativo. Varia vini genera recensentur tum naturalis, tum factitii. De verbis testatorum interpretandis.*

CAP. XIX. Ad L. labeo 45. ff. de contrah. empt. *Agitur de errore tum in corpore rei, tum in materia, tum in qualitate. Affertur discrimen inter emptionem & alios contractus. De oricbalco disputatur uberrime. Rejicitur Hunnii, & Cujacii interpretatio.*

CAP. XX. Ad §. est autem litus Instit. tit. de Rer. Divis. *Litoris definitio explicatur. Hybernus fluctus quid. Æstus maris quid.*

CAP. XXI. Ad §. si communis Inst. tit. de injur. *Agitur de injuria facta communi servo; an æstimanda sit pro dignitate dominorum, au pro portione dominii: & utrumque considerandum esse demonstratur. Conciliantur leges contrariæ. Adjiciuntur quædam de divisione hæreditatis.*

CAP. XXII. Ad L. si vero 5. ff. qui satisd. cog. *Quæritur an recusando idoneum fidejussorem, ipsi fiat injuria: & an debitori offerenti. Qui sint idonei fidejussores. Explicatur mos antiquus ducendi in jus debitores.*

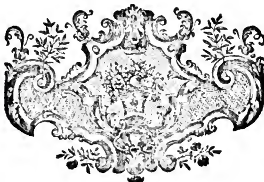
CAP. XXIII. Ad L. vulgaris 21. ff. de furt. *Rei minimæ furtum fieri demonstratur. Plura hujus furti exempla afferuntur, & explicantur. De pretio rerum, quo apud Veteres pleræque vendebantur. An ex furto rei minimæ actio furti daretur.*

CAP. XXIV. Ad L. si ita fidejussorem 43. ff. de fidejuss. *Fidejussor in aliam obligationem, aut in duriorem causam accipi non potest. De æstimatione aureorum & solidorum: Plures leges explicantur & emendantur. Cur deportati libertatem amittere dicerentur.*

CAP. XXV. Ad §. pœna furti Instit. de oblig. ex del. *Variæ furtorum pœnæ recensentur cum apud Græcos, tum apud Romanos. Pœna furti in quadruplum quando a Prætore subrogata. Adjiciuntur multa de nectendis atque addicendis debitoribus Jure Veteri.*

CAP.

LIBER SECUNDUS.



IOSE.

JOSEPHI AVERANII,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBER · PRIMUS.

CAPUT PRIMUM.

AD L. IMPERIUM III.

ff. de Jurisdict.

SUMMARIUM.

I. Imperium merum quid sit.
II. Gladius multis modis accipitur.
III. Sententia Judicis certa esse debet.
IV. Non debet esse ambigua, generalis, & obscura.
V. Interpretanda est secundum propriam verborum significationem.
VI. Gladii nomen in sententia materialiter accipi debet.
VII. Ad gladium dari quid? & ad gladium ludi deputari.
VIII. Ius gladii quid significet?
IX. Gladius, insigne imperii.
X. Gladium dando Imperator merum imperium conferebat: & gladium adimendo adimebat imperium.
XI. Honores juris gladii quid dicerentur?
XII. Potestatem gladii habere, & gladii potestate succingi, quid significet?
XIII. Stante Rep. insigne imperii erant secures.
XIV. Consules non praecedebant secures in urbe post legem Valeriam, sed extra urbem.
XV. Cur gladius esse coeperit insigne imperii?
XVI. Gladii nomen in definitione meri imperii refertur ad omnes graviores animadversiones.
XVII. Animadvertendi verbum aliquando ad poenam mortis: aliquando ad alias poenas graves refertur.
XVIII. Aliquando etiam ad leviores.
XIX. XX. Explicatur definitio meri imperii.
XX. Merum imperium aliquando plura, aliquando pauciora genera animadversionum comprehendit.
XXI. Quoad merum imperium, tantum quis habet, quantum ei specialiter concessum est.
XXII. Merum imperium in quibusdam plenius, in quibusdam minus plenum.



E mero imperio pauca delibemus. De eo tres occurrunt quaestiones. Quid sit: quibus datum sit: & an mandari possit, singulas strictim attingamus. A prima ordiamur.

Quid sit merum imperium, eleganter I
explicat Ulpianus in *l. 3. ff. de jurisd.* his verbis: *Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines.* Reprehendunt plerique Ulpianum, quod, si non absurde, saltem minus di-

ſtinĉte, atque explicate nobis meri imperii naturam deſcripſerit. Expendamus igitur accurate Ulpiani verba, quæ non difficiles habent explicatus apud homines non omnino rudes, & imperitos, & antiquitatis ignaros.

2 Gladii nomen multis modis accipitur. Aliquando ſignificat gladium ipſum, hoc eſt, ferrum ipſum, quo quis feriri debet. Uno verbo, ut cum ſcholis loquar, ac-
3 cipitur materialiter. In hac ſignificatione accipitur in ſententia judicis, quæ, cum certa eſſe debeat, §. *curare Inſtit. tit. de action. l. in ſententiis 59. ff. de re judic. l. pen. & ult. C. de ſentent. quæ ſine certa quant.* non recipit metaphoricas interpretationes, ne reddatur ambigua, generalia,
4 obſcura contra text. in *l. quid tamen* §. *Pomponius ff. de recept. arbitr.* Si igitur ſenten-
5 tiam judicis interpretari debeamus ſecundum certam ac propriam verborum ſignificationem, in ea gladii nomen pro ipſo gladio materiali accipere debemus. Hinc Ulpianus in *l. aut damnum* §. 1. *ff. de pœn.* ait:
6 *Vita adimitur, ut puta, ſi damnatur aliquis, ut gladio in eum animadvertatur: ſed animadverti gladio oportet, non ſecuri, vel telo, vel fuſtibus, vel laqueo, vel quo alio modo.* Itaque merito Antoninus Caracalla, cum Papinianum noſtrum gladio feriri juſſiſſet, & ſecuri percuſſus eſſet, percuſſorem increpavit his verbis: *gladio te oportuit exequi juſſum meum.* Plane ad gladium Ludi damnari dicebantur, qui ad ludum gladiatorum damnabantur. *Capitolin. in Macrin. Servos, qui a dominis fugiſſent, ad gladium Ludi deputabat.* quo fortaſſe
7 referendi ſunt text. in *l. ſi quis mihi* §. *ſi quis plane ff. de acquir. vel om. hered.* in *l. 6.* §. *irritum ſit ff. de injuſt. rupt.* in *l. 1. in princ. ff. de Abig.* & *Pauli l. 5. ſentent. tit. 17.* ibi: *Sane, qui ad gladium dantur, intra annum conſumendi ſunt.* Differunt enim hæc inter ſe, damnari aliquem, ut gladio feriatur: & damnari aliquem, ut ad gladium detur. Sicut etiam diſcrimen eſt inter eos, qui ad gladium dantur; & eos, qui damnantur ad ludum. Illi enim intra annum conſumi debent: hi & pilea & rudem accipere poſſunt. Sed hæc obiter.

Aliquando gladii nomen in laxiori ſignificatione accipitur, &, ut ita dicam, formaliter, & comprehendit omne genus ultimi ſupplicii. Non aliter accipitur, 8
cum dicimus *jus gladii*, quod plerumque ſignificat jus vitæ & necis. Cornel. Tacit. *lib. 3. Hiſtor.* de Vitellio Imperatore: *Poſtremo fletu præpediente aſſiſtenti Conſuli* (Cæcilius Simplex erat) *exſolutum a latere pugionem, velut jus necis vitæque civium, reddebat.* D. Auguſtin. *epiſt. 61. ad Dulcitium Tribunum: Nec enim gladii jus in eos accepiſti.* Sen. *lib. 1. de ira cap. ult. Vides, quam debeat omni perturbatione liber accedere ad rem ſumma diligentia tractandam, poteſtatem vitæ necisque: male irato ferrum committitur.* In hac ſignificatione plerumque accipitur in jure noſtro jus gladii: adeo ut ſolummodo comprehendat poteſtatem damnandi ad ultimum ſupplicium, non vero referatur ad alias pœnas etiam minores. Ulpian. *in l. illicitas* §. *qui univerſas ff. de offic. Præſ. Qui univerſas provincias regunt, jus gladii habent, & in metallum dandi poteſtas eis permiſſa eſt.* Idem *in l. ſolent. 6. ff. de offic. Proconſ. Nec enim poteſt quis gladii poteſtatem ſibi datam, vel cujus alterius coercitionis ad alium transferre.* Idem *l. nemo poteſt. 10. ff. de reg. jur.* ubi eadem habentur verba. In his omnibus legibus gladii jus ſignificat jus vitæ & necis, & diſtinguitur a jure infligendi alias pœnas. Et in *l. cum jur. 31. C. ad leg. Jul. de adult. Jubemus inſurgere leges, armari jura gladio ultore, ut exquiſitis pœnis ſubdantur infames.*

Aliquando denique gladius eſt inſigne 9
imperii, & quoties tamquam inſigne imperii conſideratur, comprehendit non ſolum ultimum ſupplicium, ſed etiam omnes graviores animadverſiones, quæ ad imperium pertinent. Tacit. *l. 3. hiſt. Aſſiſtenti Conſuli exſolutum a latere pugionem, velut jus necis vitæque civium,* red-

reddebat. Aspernante consule, reclamantibus, qui in concione astiterant, ut in æde Concordiæ positurus insignia imperii, domumque fratris petiturus, discessit. Vides inter insignia imperii pugionem. Sueton. *in Galba cap.* 11. *Deposita legati, suscepit Cæsaris appellationem: iterque ingressus est paludatus, ac dependente a cervicibus pugione ante pectus.* Senec. *de clement. cap.* 11. *Præstitisti Cæsar civitatem incruentam: & hoc, quod magno animo gloriatus es, nullam te toto orbe stillam cruoris humani misisse, eo majus est, mirabiliusque, quod nulli unquam citius gladius commissus est.* Gladium pro imperio dixit. Neroni enim septemdecim annis nato delatum imperium, seu gladius commissus est, imperii insigne.

Nec solum in Imperatoribus, sed etiam in Magistratibus imperii insigne
10erat gladius. Ei enim, cui Imperator gladium dabat, conferebat merum imperium: & contra merum imperium adimebat ei, quem gladium deponere volebat. Dio, *lib.* 53. *de Augusto.* Τὴν στρατιωτικὴν στολὴν φοροῦντας, καὶ ξίφος, οἷς γε καὶ στρατιώτας δικαιῶσαι ἔξεστιν, ἔχοντας. Ἄλλῳ γὰρ οὐδενὶ, οὔτε ἀνθυπάτῳ, οὔτε ἀντιστρατήγῳ, οὔτε ἐπιτρόπῳ, ξιφηφορεῖν δέδοται, ᾧ μὴ καὶ στρατιώτην τινὰ ἀποκτεῖναι ἐξεῖναι νενόμισται. Οὐ γὰρ ὅτι τοῖς βουλευταῖς, ἀλλὰ καὶ τοῖς ἱππεῦσιν, οἷς τοῦθ' ὑπάρχει, καὶ ἐκεῖνο συγκεχώρηται hoc est: *Tribuit illis ut veste militari uterentur, gladiumque gestarent, quibus in milites animadvertere jus esset. Nulli enim alii, neque Proconsuli, neque Proprætori, neque Procuratori Cæsaris conceditur, ut gladium gestet, cui non etiam necandi militis jus detur. Omnibus enim non solum Senatoribus, sed etiam Equitibus, quibus illud conceditur, hoc etiam datur.* En, quod omnibus, quibus Imperator gladium dat, dat etiam imperium: nempe, quia gladius imperii insigne. Est illud a *Xiphilino* ac *Zonara* relatum Trajani magnanimum dictum, qui, cum Licinio Juræ Præfecto Prætorio gladium porrigeret, quo eum ob dignitatem cingi oportuit: *Accipe*, inquit, *hunc gladium, ut eo, si bene imperavero, pro me; sin male, in me utaris.* Julianus Imperator, Christianæ Religionis irrisor petulantissimus, statuit Christianis procurationem Provinciarum, & juris dicundi provinciam non esse committendam, cum illis Christi lex gladio uti non permitteret: ut refert Rufinus *lib.* 1. *Histor. Ecclesiast. cap.* 1. Herodian. *lib.* 3. *de Plautiano, Præfecto Prætorio sub Imperatore Severo*: Παρῄει, πρό τε αὐτοῦ ξίφος, καὶ παντὸς ἀξιώματος σχῆμα ἔφερε μόνος. *Suspensum gestabat ensem, & omnia insignia dignitatis ipse solus.* En, præcipuum dignitatis insigne gladius. Plutarchus in Galba: Τιγελλίνῳ τῷ συνάρχοντι προσέταξεν ἀποθέσθαι τὸ ξίφος, *Tigellino collegæ imperavit, ut gladium deponeret.* Deponere gladium jussit, cum voluit eum abdicare magistratu.

Hinc magistratus, qui habebant merum imperium, dicebantur *honores juris gladii*. Lamprid. *in Alexand. Sev. Ho-* 11
nores juris gladii nunquam vendi passus est, dicens: necesse est, ut, qui emit, vendat, ego non patiar mercatores potestatum; & qui habebant merum imperium, 12
jus, & potestatem gladii habere dicebantur, & gladii potestate succingi, cum merum imperium ipsis dabatur. Julius Capitol. *de Gordianis*: *Filiusque legatus patris exemplo Scipionum gladii potestate succinctus est.* Sulpic. Sever. *in vita B. Martini lib.* 3. *Illi cura præcipua, ne Tribuni cum jure gladiorum ad Hispanias mitterentur.* Jul. Firmic. *lib.* 3. *Math. cap.* 3. *Et in magnis administrationibus juris gladii decernit potestatum.* Huc alludit D. Paulus epist. ad Roman. c. 13. *Si malum feceris, time: non enim sine causa gladium portat.*

His probe constitutis apparet, olim quidem stante rep. meri imperii insigne fuisse secures. Nam cum initio Consules 13

merum imperium haberent, ipsos præcedebant duodecim lictores cum securibus. Adempto autem ipsis mero imperio per legem Valeriam, *l. 2. §. exactis, & §. & quia ff. de origin. jur.* ablatæ quoque fuerunt ipsis secures, & relicti fasces sine securibus. Quia vero Consu-
14 libus ad bellum prodeuntibus mandabatur imperium, idcirco extra urbem sumebant secures: quia magistratus urbem egressus statim accipit insignia magistratus, & imperii; *l. 1. ff. de off. Proconf.* nec ante ea deponit, quam urbem ingrediatur. *l. ult. ff. eod.* Dionys. Halicarnass. *lib.* 4. de Valerio Poplicola, qui legem Valeriam tulit de provocatione: Βεβαίαν τε πίστιν ὑπὲρ τῆς ἐλευθερίας τοὺς δημοτικοὺς λαβεῖν βουλόμενος, ἀφεῖλεν ἀπὸ τῶν ῥάβδων τοὺς πελέκεις, καὶ κατεστήσατο τοῖς μετ' αὐτὸν ὑπάτοις ἔθος, ὃ καὶ μέχρι τῆς ἐμῆς διέμεινεν ἡλικίας, ὅταν ἔξωθεν τῆς πόλεως γένωνται, χρῆσθαι τοῖς πελέκεσιν, ἔνδον, δὲ ταῖς ῥάβδοις κοσμεῖσθαι μόναις. *Firmam, ac stabilem fidem libertatis populum accipere volens, ademit a fascibus secures, moremque traduxit ad sequentes Consules, qui etiam hac ætate servatur, ut, cum extra urbem essent, securibus uterentur, intra urbem autem incederent cum solis fascibus.* Dictatori autem, quia, quoties creatus erat sine provocatione, merum imperium habebat, etiam in urbe præferebantur fasces cum securibus, ut auctor est idem Dionys. *eod. lib.* 4. Itaque stante rep. secures erant insigne meri imperii, quia eo tempore, non gladio, sed securi feriebant delinquentes. Imperatorum ævo, post introductam gladii pœnam, insigne imperii fuit gladius, ut ostendimus.

Quamquam enim gladius ad mortem referatur; non ad alias animadversiones; tamen, quia illis, quibus dabatur jus
15 vitæ & necis, concedi solebant etiam aliæ animadversiones, etsi non semper omnes, tamen aliquæ saltem ex iis, quæ pertinent ad merum imperium; idcirco gladius cœpit esse insigne imperii.

In hac autem significatione accipitur in Ulpiani definitione, quam explicamus, gladii nomen. Itaque adjecit Ul- 16
pianus illa verba: *ad animadvertendum in facinorosos homines;* ut intelligeremus, eum non referre nomen gladii, ut diximus in explicatione primæ significationis, vel ad pœnam mortis juxta secundam significationem, sed ad omnes graviores & atrociores pœnas. Licet enim 17
animadvertendi verbum aliquando referatur ad ultimum supplicium, ut in *l. prospiciendum §. ult. & l. seq. ff. de pœn. & in l. si quid erit ff. de offic. Proconf.* tamen ex propria significatione omnes graves pœnas comprehendit. Sallust. *ubi prius verberibus in eos animadverteretur.* Cic. *in Verr. In Achaja Magistratum Sicyonium nummos poscit: cum non daret, animadvertit. Improbum, sed inauditum genus animadversionis videte, l. etsi percussor 6. ff. ad SC. Sillan. l. in eum 5. ff. de extraord. crimin.* & alibi.

Imo verbum animadvertendi omnes pœnas comprehendit, etiam leviores, & pecuniarias, ut in *l. aliud fraus. ff. de* 18
V. S. l. item apud Labeonem §. ait Prætor ff. de injur. l. 1. de aleator. & passim. Et ideo in *l. 1. §. solent ff. de offic. Præf. urbi*, ea, quæ continet pœnam mortis, & præterea graves alias coercitiones, appellatur *major animadversio.*

Itaque in nostra definitione verba illa, *potestatem gladii*, restringunt verba sequentia: *ad animadvertendum*; &, quia levis animadversio non pertinet ad potestatem gladii, nec convenit facinorosis hominibus. Contra verba sequentia 19
quodammodo dilatant antecedentia: cum enim generalia sint, demonstrant, quid nomine gladii voluerit significare Ulpianus, & in qua significatione sit accipiendum.

Postremo animadvertendum est, caute ab Ulpiano ita fuisse definitum merum imperium. Cum enim merum imperium alt-

aliquando latius pateat, aliquando con-
trahatur angustius; & in aliis magistra-
tibus plura, in aliis pauciora genera ani-
madversionum comprehendat; non pote-
rant exacte, & verbis designantibus certa
20 pœnarum genera describi: ut puta: Præ-
ses Provinciæ habebat merum imperium,
l. illicitas §. qui universas ff. de off. Præs.
& tamen non poterat deportare. Contra
Præfectus Prætorio, & Præfectus urbi,
qui pariter habebant merum imperium,
21 poterant etiam deportare. *l. inter pœnas
6. §. 1. ff. de interd. & releg. l. 1. §. depor-
tatos cum seq. ff. de leg. 3.* Quia, cum agi-
tur de mero imperio, tantum quis ha-
bet, quantum ei specialiter datum est.
Quamobrem, cum pœna metalli, pœna
deportationis, & hujus generis aliæ, non
sint de substantia meri imperii, licet ad
ipsum pertineant; non poterant nomina-
tim in definitione comprehendi, sed u-
tendum erat verbis, quæ possent illas
complecti, sed necessario non compre-
22 henderent. Cujusmodi sunt ea, quibus
usus est Ulpianus. Nam gladius erat
quidem insigne imperii, sed pro condi-
tione magistratus, a quo gestabatur, ma-
jus, minusve imperium designabat. In
Imperatore Regiam potestatem indicabat:
in Præfecto Prætorio merum imperium,
sed plenum: in Præsidibus idem impe-
rium, sed non adeo plenum, & absolutum.

CAPUT II.

AD L. I. FF. DE OFFIC. EJUS,

cui mand. est jur.

SUMMARIUM.

I. *Sententia Lotarii, & Azonis, quoad merum imperium improbatur.*
II. *Magistratus habent merum imperium, non solum ejus usum.*
III. *Qui habet merum imperium, tum exercitionem publici judicii habet, tum executionem condemnationis.*
IV. *Quis esset judex quæstionis.*
V. *Magistratus potest reum absolvere, non pœnam remittere condemnato.*
VI. *Princeps non habet merum imperium.*
VII. *Potestas regia eminenter continet jurisdictionem, merum, & mixtum imperium.*
VIII. *Comparatio Principis cum Deo, quoad imperium.*
IX. *Princeps dat merum imperium magistratibus, licet ipse illud non habeat.*
X. *Dominus non habet rei suæ servitutem usus, vel ususfructus, & tamen illas alteri concedit.*
XI. *Princeps omnia facit jure regiæ potestatis, non jurisdictionis, aut meri, & mixti imperii.*

SUccedit altera quæstio, de his qui
habent merum imperium. Lotarius
respondit, solum Imperatorem habere
merum imperium: Magistratus habere 1
nudum ejus usum, & exercitium. Con-
tra Azo respondit, etiam magistratus
habere ipsum merum imperium, ipsam
potestatem, ipsum jus gladii. Ego neu-
tri assentior. Non Lotario, quia falsum
puto, magistratus non habere merum im-
perium. Non Azoni, quia puto, solos
magistratus habere merum imperium,
non autem Imperatorem, aut Principem.

Sententia Lotarii facile refellitur ani-
madvertendo, quod semper in jure nostro
merum imperium refertur ad magistratus,
iique dicuntur habere merum imperium,
habere jus gladii, habere potestatem, quæ
nihil aliud est, quam merum imperium.
l. imperium ff. de jurisdict. Hæc omnia ma- 2
gistratui tribuuntur in *l. 4. ff. de off. Præ-
sid. in l. & ideo ff. de off. Proconf. in l. 2. ff.
de in jus voc. in l. lege Julia 7. & l. qui dolo
10. ff. ad leg. Jul. de vi publ. in l. 2. §. exactis
ff. de orig. jur. in l. illicitas §. qui universas ff.
de offic. Præsid. in l. 12. & ult. ff. de offic. Pro-
conf. in l. 1. in princ. ff. de off. ejus cui mand.
est jurisd.* ibi *suam jurisdictionem*, & in
§. 1. ibi *sed merum imperium, quod lege
datur*. Contra nusquam in jure nostro
traditum est, magistratus habere usum,
aut exercitium meri imperii.

Non ignoro ea, quæ traduntur in no-
stra *l. 1. princ.* ibi *& ideo videntur erra-
re magistratus, qui, cum publici judicii
habeant exercitionem, lege vel Senatusconf.
delegatam.* In *l. sunt præterea ff. de extra-
ord.*

ord. crimin. ibi *sunt præterea crimina, quæ ad executionem Præsidis pertinent.* & in *l. sunt quædam in fin. ff. eod. hanc rem Præsides exequi solent graviter usque ad pœnam mortis.* & in *l. ult. C. ut nemo privatus.* ibi *executoresque hujus legis omnes judices esse oportere.*

Sed hæc nullam vim habent ad probandam Lotarii sententiam: neque enim ibi nominatur usus, aut exercitium meri imperii: sed exercitium publici judicii.
3 Et recte. Nam, qui habet merum imperium, utique exercet publica judicia, & publici judicii habet exercitionem. Quorsum enim ei datum est a lege jus gladii? An, ut eo utatur adversus eos, qui judicati, & condemnati non sunt? Absit. Abuteretur hac ratione mero imperio, non legitime uteretur. Itaque merum imperium & continet exercitionem publici judicii, & continet executionem condemnationis; & qui utrumque habet, utique habet merum imperium. Quamobrem laudatæ leges aperte demonstrant, magistratus habere merum imperium, cum ipsis tribuant & judicii exercitionem, & executionem pœnæ. Nec sine causa verbo exercitionis utitur Papinianus in laudata *l. 1. ff. h. t.* cum verbum illud ad judicium referat, cujus propria est exercitio. *l. etiam* 15. *ff. ut legat. nom. caveat.* Et maxime convenit verbum hoc publicis judiciis, quæ proprie exerceri dicuntur. *l. ordo* 8. *ff. de publ. judic. l. qui dolo* 10. *ff. ad leg. Jul. de vi publ. l. hæc stipulatio nov. ff. de V. S.* Liv. *lib. 9. In me primum, & in hunc M. Tullium quæstiones exerceatis.* Cicer. 3. *in Verr. Atque etiam judicium in Pretura publicum exercuit.* Sueton. *in Jul. Cæsare cap.* 11. *Atque in exercenda de sicariis quæstione eos quoque sicariorum numero habuit, qui proscriptione ob relata civium Romanorum capita pecunias ex erario acceperant, quam-
4 quam exceptos Corneliis legibus.* Hæc autem exercitio quæstionis, seu publici judicii extra ordinem lege, vel Senatusconf. delegabatur, isque, cui delegata erat, judex quæstionis appellabatur. *l. 2. §. & quia ff. de orig. jur. l. 1. §. 1. ff. ad l. Corn. de Sicar.* Et huc pertinet textus in *l. 7. §. ult. ff. de offic. Proconf.* Et hoc notissimum est non ignaris antiquitatis.

Neque ex eo, quod Magistratus non possit liberare condemnatum, eique pœnam remittere, argui potest, eum non habere merum imperium. Nam Magistratus non propterea, quod habeat merum imperium, idcirco est supra leges. Magistratus enim est legum executor, non eversor. *l. ult. C. ut nemo privat.* Ideo recte Magistratus, *lex loquens* a M. Tullio appellatur. Quapropter potest quidem 5
reos absolvere, *l. solent. 6. ff. de offic. Proconf.* non tamen potest remittere pœnam condemnatis. *l. 4. in fin. ff. de pœn.* hoc enim facere potest solus Princeps, qui est supra leges. *l. acta §. 1. ff. de re judic.* nec tamen hac facultate, ac potestate abuti debet, sed id ex causa facere. *d. l. 4. in fin. ff. de pœn.* Absolutio, sicut & condemnatio, est legibus consentanea: ideo magistratui committitur. *l. nemo qui condemnare ff. de reg. jur.* Tertullian. *adverf. Marcian. lib. 4. Qui enim judicat, absolvit.* Remissio pœnæ, reorum jam condemnatorum liberatio, est contraria legibus, & ideo soli Principi permissa.

Habent itaque Magistratus merum imperium, cum eis a lege datur. Merum imperium habere etiam Principem, in confesso est apud omnes. Ego vero, ut dicam quod sentio, nusquam legi apud veteres, Principem habere merum imperium. Est hoc proprium magistratuum, 6
quorum alii merum, alii mixtum imperium habent. Merum enim dicitur imperium, ut mixto opponatur, & ab eo distinguatur: quod fieri non debet in Principe, qui supremam, ac regiam habet potestatem, in qua hæc omnia absorbentur. Jurisdictio, merum, ac mixtum imperium in Principe non distin- 7
guuntur, atque hæc omnia idem sunt,

& une

& uno regiæ potestatis nomine, atque auctoritate continentur, quæ hæc omnia supereminet, atque, ut ita dicam, hæc omnia continet eminenter.

Deo similes sunt Principes, quos argute Plautus *humanos Joves* appellat, qui tamen hominum more moriuntur. Ter-
8 tullian. *ad Scapulam: Sic Imperator omnibus major est, dum solo Deo minor est;* & in *Apolog. contra gent. Sciunt Imperatores, quis illis dederit imperium: sentiunt, Deum esse solum, in cujus solius potestate sunt, a quo sunt secundi, post quem primi ante omnes Deos, & super omnes homines*. Et paulo post: *Temperans majestatem Cæsaris infra Deum, magis illum commendo Deo, cui soli subjicio*. Deus creavit omnia, eisque communicat, quicquid ipsa sunt. Deus autem nihil est eorum, quæ creavit: &, quamvis ea nihil habeant, quod ab ipso non habeant, tamen in Deo nihil est eorum, quæ ipsa habent: & nihilominus omnia comprehendit, & omnia infinitate sua superminet. Princeps creat
9 Magistratus. *l. 1. ff. ad leg. Jul. de ambit.* Magistratibus, quos creavit, communicat imperium: in ipso tamen non residet ejusmodi imperium, cujusmodi est in Magistratu, sed suprema ac regia potestas, quæ comprehendit quidem, & continet eminenter omnia jura magistratuum, ipsa tamen nihil est eorum, quæ tribuit magistratibus. Jus magistratuum absorbetur in regia potestate, & non est amplius id ipsum, quod est, cum residet in magistratu.

Sed, ut aliquanto demissam orationem, & planius, explicem quod volo, a jure nostro depromamus exemplum. Dominus rei suæ dominium habet, non
10 usum, aut usumfructum. *L. Sempronius Attalus in princ. ff. de usufr. legat. l. uti frui 5. in princ. ff. si ususfruct. petat. l. in re communi 26. ff. de servit. urban. præd.* Concedit tamen cuilibet rei suæ usum, vel usumfructum: ipsique communicat jus utendi, fruendi, quod in Domino non distinguitur a jure dominii, quo absorbetur. Itaque Dominus in re sua facere potest ea omnia, quæ usuarius, & usufructuarius & etiam multo plura: non tamen ea facit jure usus, vel ususfructus, sed jure dominii. Princeps quoque proprie non habet merum, aut mixtum imperium, aut jurisdictionem, qualem habent Magistratus. Tribuit tamen hæc magistratibus, quæ cum in ipso sunt, non distinguuntur a regia potestate, cui insunt ab ea minime sejuncta, atque distincta. Quare Princeps 11
facere potest ea omnia, quæ sunt jurisdictionis, mixtique, ac meri imperii, quæque possunt facere Magistratus: non tamen ea facit eadem auctoritate, qua Magistratus, neque jure ejus imperii, quod habent Magistratus; sed jure suæ potestatis, quæ longe supereminet omnia jura magistratuum, eique tribuit facultatem faciendi alia multa, quæ facere nequeunt Magistratus.

C A P U T III.

A D E A M D. L E G.

S U M M A R I U M.

I. Merum imperium mandari non potest.
II. Merum imperium nominatim a lege datur.
III. Refertur sententia Massinii de mandando mero imperio.
IV. Confutatur hæc sententia.
V. Explicantur verba l. 1. ff. de off. ejus.
VI. Merum imperium nemo poterat habere nisi a populo, aut a Senatu.
VII. Imperium militare erat idem, ac merum imperium, & eodem modo dabatur.
VIII. Legibus Valeriis ademptum est Magistratibus merum imperium.
IX. Consules non habebant merum imperium post leges Valerias.
X. Dabatur ipsis aut lege curiata, aut Senatusconf.
XI. Dictator non habet merum imperium.
XII. A Dictatore ad populum provocabatur.
XIII. Dictator creatus; ut optima lege, *habebat merum.*
XIV. Imperium a Senatu.
XV. Dictatori aliquando imperium lege curiata dabatur.

XVI.

XVI. Præfectus urbi habebat merum imperium.
XVII. Item Præfectus Prætorio.
XVIII. Item Proconf. Præsides, Prætores provinciales.
XIX. Item Legati Cæsaris.
XX. Item Legati consulares.
XXI. Item Præfecti quatuor a Constantino creati.
XXII. Præfectus Prætorio non poterat mandare merum imperium: refellitur argumentum Massinii.

1 SUperest tertia quæstio de potestate mandandi merum imperium. Merum imperium mandari non posse, satis constat ex nostra *l.* 1. *in princ. versic. & ideo & in* §. 1. *versic. verius. Verius est enim, more majorum jurisdictionem quidem transferri: sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire, l. solent. 6. in princ. ff. de offic. Proconf. l. nemo potest.* 10. *ff. de reg. jur.* Quod & evidens ratio suadet: nam ea, quæ nominatim aliqua
2 lege, vel Senatusconf. vel Principum constitutione tribuuntur; mandari non possunt. *l.* 1. *in princ. ff. de offic. ejus.* hujusmodi autem est merum imperium. *d. l. in princ.* ibi *lege vel Senatusconf. delegatam:* & in §. 1. ibi *merum imperium, quod lege datur. d. l. solent, & d. l. nemo* ibi. *gladii potestatem sibi datam.*

Sed declamat Vir doctus, Philippus Massinius, qui ad explicationem nostræ legis primæ magno conatu contendit probare, merum imperium natura sua potuisse mandari etiam de jure civili. Pu-
3 tat enim merum imperium aliquando a lege dari; &, hoc non posse mandari, concedit: aliquando competere jure magistratus, ut Consulibus, Dictatori, Præfecto Prætorio Orientis, sub quo erant quinquaginta provinciæ, quas administrare non potuisset, si non habuisset jus mandandi merum imperium. Id ipsum confirmat animadvertendo, quod prohibentur mandare merum imperium ii solum, qui habent illud a lege, vel Senatusconf. ut in modo laudatis legibus. Sunt igitur alii, qui illud a lege non habent, quique ipsum mandare non prohibentur.

Sed fallitur meo judicio: nam verba
illa, *a lege datum*, & hujus generis ce- 4
tera, non adjiciuntur a veteribus, ut distinguatur merum imperium, quod datur a lege, a mero imperio, quod competit jure magistratus. Nusquam enim in jure nostro fit mentio meri imperii, quod jure proprio, seu jure magistratus competat: unde promptum est conjicere, merum imperium numquam competere jure proprio. Quamobrem verba illa adjiciuntur tum ad demonstrandam na-
turam meri imperii, tum ad indican- 5
dam rationem, cur mandari non possit; tum denique, ut distinguatur a jurisdictione, quæ competit jure magistratus; ut constat ex nostra *l.* 1. §. 1. ibi *Verius est enim, more majorum jurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire.* Comparat jurisdictionem cum mero imperio. Jurisdictio mandari potest more majorum, quia magistratus eam suo jure habet. *l. more majorum ff. de jurisd.* Contra imperium mandari non potest, quia a lege datur. Utrumque pronunciatum generale est: illud comprehendit omnem jurisdictionem magistratus: hoc omne merum imperium. Opponitur autem merum imperium jurisdictioni, quia illa competit magistratui jure proprio: hoc eidem competit, quia a lege datur: & ideo illa mandari potest: hoc non potest.

Verissimum enim est, neminem im- 6
perium habere potuisse nisi a populo, aut a Senatu. *Cic. in* 2. *Agrar. contra Rullum: Hic autem Tribunus plebis, quia videbat, potestatem neminem injussu populi, aut plebis posse habere.* Et paulo post: *Vidit & perspexit, sine curiata lege decemviros habere potestatem non posse.* Et infra: *Tum ii decemviri, inquit,* (Rullus) *eodem jure sint, quo qui optima lege. Si hoc fieri potest, ut in hac Civitate, quæ longe libertate ceteris antecellit, quisquam nullis comitiis imperium, aut potestatem consequi possit; quid attinet*

net tertio capite legem curiatam ferri jubere, quoniam quarto permittas, ut sine lege curiata idem juris habeant, quod haberent, si optima lege a populo fuissent creati? Reges constituuntur, non decemviri, Quirites, iique ab his initiis fundamentisque nascuntur, ut non modo, cum gerere cœperint, sed etiam, cum constituentur, omne vestrum jus, potestas, libertasque tollatur. Et deinde: *Primum permittitur infinita potestas innumerabilis pecuniæ conficiendæ de vestris vectigalibus non fruendis, sed alienandis: deinde orbis terrarum, gentiumque omnium datur cognitio sine consilio, pœna sine provocatione, animadversio sine auxilio*. En quod, si merum imperium cuiquam permittatur sine lege curiata, aut injussu populi, tollitur omne jus, potestas, libertasque Populi Romani. Quid autem sit optima lege creari magistratum, infra explicabo. Fest. *Cum imperio esse dicebatur, cui a populo nominatim mandatum erat imperium*. Liv. lib. 26. *Omnes centuriæ Scipioni in Hispania imperium esse jusserunt*. Neque quisquam hoc referat ad
7 imperium militare. Erat enim ejusdem modi imperium. Ideo autem proficiscentibus ad bellum necesse erat mandari imperium, quia sine imperio, hoc est, sine potestate animadvertendi res militaris administrari non poterat. Cicer. *Philippic.* 5. *Demus igitur imperium Cæsari, sine quo res militares administrari, teneri exercitus, bellum geri non potest*. & *Philipp.* 11. *Aut exercitus adimendus, aut imperium dandum fuit. Quæ est enim ratio, aut qui potest fieri, ut sine imperio teneatur?* Certe si sine jussu populi nemo habere poterat imperium extra urbem Romam in provinciis apud exercitum, multo minus illud habere poterat aut exercere in urbe Roma, & ubi hoc non exigebat rei militaris necessitas.

Sancitum autem fuit hoc lege Valeria lata anno 304. ab Urbe condita, L. Va-
8 lerio, & M. Horatio Conf. Liv. *lib.* 3. *Aliam deinde consularem legem de provocatione, unicum præsidium libertatis, Decemvirali potestate eversam, non restituunt modo, sed etiam in posterum muniunt; sanciendo nova lege, ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet: qui creasset, eum jus fasque esset occidi: neve ea cædes capitalis noxæ haberetur*. Tres hac de re leges latæ fuerunt, omnes ab eadem familia. Prima exactis Regibus, ut a Consulibus ad populum provocatio esset: neve quis magistratus posset Civem Romanum provocantem verberare, aut necare. Hujus legis meminit Plutarch. *in Publicola*. Dionys. Halicarnass. *lib.* 5. Liv. *lib.* 2. Valer. Max. *lib.* 4. *cap.* 1. & Pomponius *in l.* 2. §. *exactis ff. de orig. jur.* Altera ejectis Decemviris, de qua modo diximus. Tertia lata est anno Urbis 453. M. Valerio Corvo V. Q. Apulejo Pansa Conf. de qua Liv. *lib.* 10. *M. Valerius Conf. de provocatione legem tulit, diligentius sanctam. Tertio ea tum post reges exactos lata est, semper a familia eadem. Caussam renovandæ sæpius haud aliam fuisse reor, quam quod plus paucorum opes, quam libertas plebis poterant;* & deinceps: *Valeria lex, cum eum, qui provocasset, virgis cædi, securique necari vetuisset; si quis adversus ea fecisset, nihil ultra, quam improbe factum, adjecit. Id. (qui tum pudor hominum erat) visum credo vinculum satis validum legis: nunc vix servo ita minetur quisquam.* His legibus Valeriis ademptum omnino merum imperium magistratibus.

De singulis jam videamus Consules, satis constat, non habuisse merum im- 9
perium, quum Valeriis legibus id ipsis fuisset ademptum, de quibus hactenus, & in *l.* 2. §. *exactis ff. de orig. jur.* Dabatur tamen aliquando ipsis vel a lege, vel a Senatusconsulto. Lege curiata, 10
cum ad bellum proficiscebantur, ut norunt omnes vel leviter eruditi. Senatusconsult. cum in trepidis rebus, & difficillimis Reip. temporibus decernebat

Senatus, *viderent Coss. ne quid Resp. detrimenti caperet*. Saluſt. *in bello Catalinar. Itaque, quod in atroci plerumque negotio solet, Senatus decrevit: darent operam Coss. ne quid Resp. detrimenti caperet. Ea potestas per Senatum more Romano maxima permittitur, exercitum parare, bellum gerere, omnibus modis socios, atque cives coercere: domi, militiæque imperium, atque judicium summum habere. Aliter sine populi jussu nulli earum rerum Consuli jus est*. Liv. *lib.* 3. Cæſ. *lib.* 1. *commentar. de bello civil.* Plutarch. *in Cicerone*. Dio *lib.* 37. Veget. *lib.* 3. *cap.* 1. *& passim* Cicero *in Philippicis*.

Veniamus ad Dictatorem, qui erat magiſtratus extraordinarius: quamobrem, etsi verum eſſet, eum potuiſſe mandare merum imperium, atque ipſum habuiſſe jure Magiſtratus; tamen non proinde dici poſſet, merum imperium ſui natura potuiſſe mandari: hoc enim ſolum eveniſſet extra ordinem.

Sed illud veriſſimum eſt, Dictatorem
11 non habuiſſe merum imperium jure proprio, ſeu jure ſui Magiſtratus: neque enim ſemper habebat merum imperium, ſed tunc ſolum, cum creatus erat ſine provocatione, ſeu optima lege. Feſt. Pomp. *in verbo, optima lex: In Magistro populi faciendo, qui vulgo Dictator appellatur, quam plenissimum posset, jus esse significabatur, ut fuit Manii Valerii, M. Fabii Volusinæ gentis, qui primus*
12 *Magister a populo creatus est. Postquam vero provocatio ab eo magistratu ad populum data est, quæ antea non erat, desitum est dici, ut optima lege: utpote imminuto jure priorum magistratuum*. Apud Livium, *lib.* 8. *Cum L. Papirius Dictator Q. Fabium Magistrum equitum ob spretum Dictatoris imperium prehendi jussisset, pater Q. Fabii ad populum provocavit. Tribunos, inquit, plebis appello, & provoco ad populum: eumque tibi fugienti exercitus tui, fugienti senatus judicium, judicem fero, qui certe unus plus, quam tua dictatura, potest, polletque. Videro, cessurusne provocationi sis, cui Rex Romanus Tullus Hostilius cessit. Ex curia in concionem itur*. Ceſſit igitur provocationi Dictator: non tamen populus auſus eſt abſolvere Q. Fabium, ſed precibus extorſit, & ab ira Dictatoris eripuit.

Sed &, cum Dictator ſine provocatione creabatur, tamen imperium habebat vel a Senatu, vel a populo. Non 13
creabatur a populo Dictator, ſed juſſu Senatus ab altero Conſ. dicebatur noctu, & auſpicato. Præcedebat igitur juſſus, ac decretum Senatus, qui Conſuli mandabat, ut aliquem ex conſularibus Dictatorem diceret; iſque, quem dixiſſet, ut *optima lege Magister populi esset*. Quibus verbis Senatus mandabat imperium ei, qui a Conſule Dictator fuiſſet dictus. Neque enim a Conſule auctoritatem, poteſtatemque accipere poterat, cum major eſſet Dictatoris, quam Conſulis poteſtas. Itaque verbis illis, *ut optima lege* tribuebatur ſumma poteſtas. Sic M. Tull. *Philipp.* 5. illis verbis tribuit imperium Cæſari: *Demus* 14
igitur imperium Cæsari, sine quo res militaris administrari, teneri exercitus, bellum geri non potest. Sic pro Prætore eo jure, quo qui optimo. Et Philipp. 11. *Senatui placere. C. Cassium Proconf. provinciam Syriam obtinere, ut qui eam optimo jure provinciam obtinuerit*. Sunt verba Senatuſconſulti, quo Caſſio datur imperium. Ideo autem a Senatu, non a populo, Dictatori dabatur imperium, quia, cum urgente ultima neceſſitate, aut in ſalutis deſperatione ſolerent ad ſupremum Dictatoris auxilium confugere, plerumque tempus, & occaſio præceps non permittebat, ut poſſent haberi comitia. Qua de cauſa factum eſt, ut nec a populo crearetur. Sicut igitur Senatus turbidis Reip. temporibus dabat imperium Conſulibus illis verbis: *viderent Consules, &c.* ſic aliquando Dictatorem ſic jubebat, eique dabat impe-

perium illis verbis: *ut optima lege*. Vi-
dendus M. Tullius *in* 2. *Agrar. loco*
15 *paulo ante laudato*. Sed a lege curiata
datum fuisse Dictatori imperium, ac-
cepimus a Livio lib. 9. *C. Julium Bu-
bulcum Magistrum equitum dixit*: (Pa-
pirius) *atque ei legem curiatam de im-
perio ferenti triste omen diem diffidit. Po-
stero die repetitis auspiciis pertulit legem.*
16 Eversa Rep. merum imperium habe-
bat Romæ Præfectus Urbi. Sed hoc ei
datum fuit epistola D. Severi *l.* 1. §. *ini-*
17 *tio ff. de off. Præf. Urbi*, *l. aut damnum*. 8.
§. *præfecto ff. de pæn.* Habebat Præfectus
Prætorio, sed specialiter ab Imperatore,
qui eum gladio cingebat, ut probavi-
mus in superioribus.

Proconsules, Præsides provinciarum,
Prætores, quibus provinciæ assignaban-
tur, stante Rep. imperium obtinebant
18 lege curiata. Post eversam Remp. ab
Imperatore, ut supra diximus ex Dio-
19 ne, lib. 55. idem habebant legati Cæ-
saris, qui ad universas provincias regen-
das a Cæsare mittebantur. Dio *d. lib.*
55. De quibus intelligendus text. in *l.
excipiuntur* 14. *ff. de SC. Silanian.* Idem
etiam habebant legati Consulares, per
quos a Principibus bella administraban-
tur, quorum persona honoratissima erat,
& sacerrima. Dionys. Halic. *lib.* 2. Dio
lib. 52. Et ad hos referendus text. in *l.
milites* 12. *ff. de custod. & exhib. reor.*

Quatuor quoque Præfectos Prætorio,
21 quos Constantinus primus creavit, eo-
rumque jus valde imminuit, ut refert
Zosimus lib. 2. merum imperium ha-
buisse, non est dubitandum; sicut olim
habebat Præfectus Prætorio, cum uni-
cus erat: non tamen eum mandare po-
tuisse merum imperium, usquam legi-
mus: neque conjicere possumus ex nu-
22 mero 49. provinciarum, quibus præe-
rat: tum quia hæ provinciæ suos Præ-
sides, ac Proconsules habebant, quibus
præerat Præfectus, & a quibus ad ipsum
provocabatur; *l. precipimus* 32. *C. de ap-
pel. l.* 3. & 4. *C. de off. Præf. Præt. Orient.*
tum quia habebat Vicarios, qui non mi-
nus juris habebant, quam Præsides; *l.* 2. *C.
de offic. ejus, qui vic. alic. jud. obtin.* tum deni-
que, quia poterant custodiarum cognitio-
nem aliis mandare *l. solent ff. de off. Proconf.*

CAPUT IV.

AD L. I. ET L. ULT. FF.

De off. ejus, cui mand. est jurisd.

SUMMARIUM.

I. Jurisdictionis definitio.
II. Mixti imperii definitio, & unde dicatur?
III. Jurisdictio & mixtum imperium separari non possunt.
IV. Quæstio proponitur.
V. Jurisdictio & mixtum imperium sæpe in jure confunduntur.
VI. Differt jurisdictio a mixto imperio, sed tamen ab eo sejungi non potest.
VII. Probatur hæc sententia.
VIII. Proponuntur argumenta contraria.
IX. Magistratus municipalis auctoritas quanta?
X. Explicatur, quam late pateat mixtum imperium, & quæ coercitiones ad ipsum pertineant?
XI. Ratio, cur majores, non minores magistratus imperium habere, & cum imperio esse dicerentur.
XII. Qui magistratus imperium habere dicerentur?
XIII. Tribuni plebis sine imperio esse dicebantur: & qua de causa? n. 17.
XIV. Discrimen inter majores, & minores magistratus, & inter majora, & minora auspicia.
XV. Ratione majoris imperii non dicebatur major magistratus.
Consul habebat majus imperium, quam Prætor.
XVI. Magistratus, qui non habebant jus vocationis & prehensionis, cum imperio esse non dicebantur.
XVII. Quomodo nomen imperii sit accipiendum? Tribuni plebis habebant mixtum imperium.
XVIII. Ædiles, minores magistratus, & in jus vocari poterant.
XIX. Ædiles pignora capere, & mulctam dicere poterant.
XX. Ædilium potestas.
XXI. Quæstores habebant mixtum imperium: maximum eorum officium.
XXII. Præfectus vigilum, & Præfectus annonæ habebant mixtum imperium.
XXIII. Non in omnibus municipiis & coloniis iidem magistratus.
XXIV. Magistratus municipales qui?

XXV. Magistratus municipales mixtum imperium habebant.
XXVI. Potestatis nomen indicat imperium.
XXVII. Potestas magistratus cum imperio.
XXVIII. Ædiles municipales in carcerem conjicere, & atrociter poterant verberare. & n.30.
XXIX. Flagella, atrox coercitio.
XXX. Coercitio servorum.
XXXI. Poterant pignoribus captis coercere.
XXXII. Magistratus municipales videntur habuisse mulctæ dictionem, & quomodo?
XXXIII. Magistratus urbani mulctæ dictionem habebant more majorum.
XXXIV. Eam habebant ab initio Reip.
XXXV. Decuriones, susceptores, curatores calendarii, curatores annonæ non erant magistratus.
XXXVI. Nomine magistratus sæpe numero indicantur magistratus municipales.
XXXVII. Magistratus urbani more jurisdictionem habebant: provinciales lege & constitutionibus.
XXXVIII. Ædiles municipales mensuras frangere poterant.
XXXIX. Defensores civitatum, & juridicus Alexandriæ.
XL. Habebant modicam coercitionem.
XLI. Imperii nomen non semper significat mixtum imperium. Quæ dicantur esse magis imperii, quam jurisdictionis.
XLII. Quantum differat mulcta 'a pœnali judicio, & quid utrumque sit?

1 JUrisdictio *est jus cognoscendi, statuendique in causis civilibus, quod jure magistratus competit*: vel *est notio, quæ*
2 *competit jure magistratus*. Mixtum autem imperium *est potestas modice coercendi, cohærens jurisdictioni, ad eam tuendam, atque explicandam comparata*. Cohæret jurisdictioni mixtum imperium. *l. 1. in fin. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* Inest jurisdictioni imperium. *l. 3. ff. de jurisd.* Et ideo *mixtum* appellatur, quia cohæret, & miscetur jurisdictioni. Ita autem hæc duo inter se apta, & connexa sunt, ut separari non
3 possint. Frustra enim magistratus causam cognosceret, statueret, decerneret, juberet, si non posset exequi sententiam, & coercere reluctantes, ac jurisdictioni suæ parere detrectantes. Itaque verissime Paulus in *l. ult. §. ult. ff. de offic. ejus* ait, sine modica coercitione nullam esse jurisdictionem. Etenim sine modica coercitione expediri, atque explicari non
potest jurisdictio. Quocirca inter doctis- 4
simos homines est magna dissensio, an sit ulla jurisdictio simplex, omnino sejuncta, ac separata a mixto imperio.

Enimvero distinguitur a jurisdictione
mixtum imperium. Et, licet in jure 5
nostro propter inseparabilem conjunctionem, & quasi quandam individuam societatem, & nominum communicationem, alterum pro altero accipiatur, ut in *l. etsi prætor 3. ff. de off. ejus l. 4. ff. de jurisd.* juncta *l. 1. ff. de damn. infect.* & *l. cum prætor §. hi qui ff. de judic.* juncta *l. 3. in fin. ff. de jurisd.* & in *ead. l. 3.* juncto *§. sed eas Inst. tit. de bonor. possess.* & *l. ea, quæ ff. ad municip.* juncta *l.*
ult. C. ubi & apud quem restit. tamen omni- 6
no diversa est a mixto imperio jurisdictio. Et quamvis Magistratus habeat utrumque, tamen aliquando exercet jurisdictionem, aliquando mixtum imperium: & quædam facit vi jurisdictionis suæ, in quibus non exercet imperium; veluti cum causam cognoscit, decernit, sententiam dicit: quædam facit vi imperii, ad quæ facienda non sufficit jurisdictio: ut cum coercet contumaces. Quamobrem si omnes sponte parerent jurisdictioni magistratuum, non esset opus imperio. Sed cum sæpe numero soleat evenire, ut multi parere detrectent, idcirco ne ludibrio sit & contemtui dignitas magistratuum, legum auctoritas, & ipsa jurisdictio, necesse fuit ipsi adjungere mixtum imperium, seu modicam coercitionem, qua quilibet magistratus tueri posset jurisdictionem suam. Quare non potest mixtum imperium a jurisdictione sejungi.

Ac miror, plerosque hac de re dubitare. Cui data est jurisdictio, concessa videntur ea omnia, sine quibus jurisdi-
ctio explicari non potest. *l. 2. ff. de ju-* 7
risd. Atqui sine modica coercitione non po-

potest explicari jurisdictio. *l. ult.* §. *ult. ff. de offic. ejus*. Praeterea is, cui mandata est jurisdictio, habet mixtum imperium: *l. 1. in fin. & l. ult. in fin. ff. eod.* ergo ipsum multo magis habet magistratus. Nam plus juris habet magistratus, quam is, cui mandata est jurisdictio: hic enim jurisdictionem habet alieno beneficio, & alieno nomine eam exercet, & usum potius, & exercitium jurisdictionis habet, quam ipsam jurisdictionem: ille vero eam habet jure proprio, & quodammodo, ut ita dicam, habet ipsum dominium jurisdictionis. *l. 3. l. solet. 16. ff. de jurisd.* Quod & sic etiam concludi potest: Is, cui mandata est jurisdictio, vel habet mixtum imperium a se ipso, vel a mandante. Non a se ipso, quia nihil proprium habet: *l. 1.* §. *1. l. etsi praetor 3. ff. de offic. ejus. l. solet. 16. ff. de jurisd.* ergo a mandante. Non potest autem habere a mandante, nisi ipse mandans illud habuerit. *l. nemo plus juris. ff. de reg. jur.* Item, ideo transfertur mixtum imperium mandata jurisdictione, quia sine eo inutilis esset, ac nulla jurisdictio. *d. l. ult.* ergo multo magis eadem ratione mixtum imperium habere debet magistratus. Animadvertendum enim est, quod in *d. l. ult.* agitur de jurisdictione, mandata privato, cui multo minus necessaria est coercitio, quam magistratui; qui personam Reip. sustinet, & tueri debet dignitatem suam. Praeterquam quod mandatam jurisdictionem tueri posset ipse mandans, cujus nomine exercetur: jurisdictionem magistratus tueri potest tantummodo ipse magistratus, cum eam non alieno beneficio habeat, sed jure proprio, eamque suo nomine exerceat. Denique id adeo perspicue traditum est in *l. ult.* §. *ult. in fin. ff. de offic. ejus*; & in *c. pastoralis vis de offic. & potest. judic. deleg.* ut id in controversiam vocare nequeamus, nisi velimus tenebras offundere perspicuae veritati.

Duo sunt, quae interpretibus nostris imposuerunt: Primum, quod in *l. 2. ff. de in jus vocand.* majores Magistra- 8
tus, Consul, & Praetor imperium habere dicuntur. Contra vero minores Magistratus sine imperio esse, ait Ulpianus in *l. nec Magistratibus 32. ff. de injur.* Ac propterea existimarunt, majores magistratus a minoribus differre, quod illi soli haberent mixtum imperium.

Alterum, quod in *l. ea quae ff. ad municipal.* traditum est, a magistratibus municipalibus fieri non posse ea, quae magis imperii sunt, quam jurisdictionis. Non habebant igitur mixtum im- 9
perium. Itaque nec poenali judicio jurisdictionem suam defendere poterant *l. 1. in princ. ff. Si quis jus dicenti non obtemper.* Non possunt mulctam dicere. *l. aliud fraus. 131. ff. de V. S.* Non possunt in carcerem duci jubere. *l. nec magistratibus 32. in fin. ff. de injur.* juncta *l. 2. ff. de in jus voc.*

Ut ex his laqueis nos exuamus, atque explicemus, animadvertere oportet, mixti imperii plures esse partes, nec omnibus magistratibus omnes partes tribui. Modica coercitio, quae ad mixtum 10
imperium pertinet, aliquando latius patet, aliquando contrahitur angustius. Cum latissime patet, haec fere comprehendit: pignora capere, mulctam dicere, corpus retinere, & vinculis coercere, & modice verberare. M. Tullius 3. de legib. *Magistratus nec obedientem & noxium civem mulcta, vinculis, verberibusque coercento.* Labeo in *l. sacrilegi 9. in fin.* alias *l. cum eo 10. ff. ad leg. Jul. pecul. Is, qui hoc imperio utitur, exigeret id est, pignus capiendo, corpus retinendo. l. 2. ff. de in jus voc. l. aliud fraus. 131. in fin. ff. de V. S.* Non omnes autem magistratus habebant plenissimam hanc coercendi potestatem: sed soli magistratus majores, qui, ut plenam, & excellentem habebant jurisdictionem; ita plenum, & excellens habebant imperium.

11 Mi-

11 Minores Magiſtratus habebant & ipſi mixtum imperium, & aliquam coercitionem ad tuendam juriſdictionem ſuam: ſed, ſicut non habebant plenam, & excellentem juriſdictionem, ita non habebant plenum, & excellens imperium. Idcirco hi ſine imperio eſſe dicebantur: quia cum illis comparati propemodum non videbantur imperium habere. Illi contra imperium habere dicebantur, cum imperio eſſe, imperio uti, pro imperio ſuo aliquid agere. *d. l. 2. ff. de in jus voc. l. 3. ff. de off. ejus l. 2. §. imperio ff. de adoption. l. cum Praetor. §. 1. ff. de judic. l. juris gentium 7. §. ſi paciſcar ff. de pact. l. quod juſſit 14. ff. de re judic.*

Sed hæc ex annalibus, & ultima antiquitate ſunt eruenda, & argumentis nihil dubii relinquentibus confirmanda. Varro omnium, quotquot umquam fuerunt, antiquitatis longe peritiſſimus, apud Gell. *lib.* 13. *cap.* 12. tollit omnem controverſiam his verbis: *In Magiſtratu habent alii vocationem; alii prehenſionem, alii neutrum. Vocationem, ut Coſſ. & ceteri, qui habent imperium. Prehenſionem, ut Tribuni plebis, & alii qui habent viatorem. Neque vocationem, neque prehenſionem, ut Quaeſtores, & ceteri, qui neque lictorem habent, neque viatorem. Qui vocationem habent, iidem & prehendere, & tenere, & abducere poſ-*
12 *ſunt*. Conſtat igitur, quod illi ſoli magiſtratus imperium habere dicebantur, qui habebant vocationem; hoc eſt, qui & vocare, & prehendere, & tenere, & abducere poterant. Hæc enim erat maxima exercitio omnium, quæ ad mixtum imperium pertinebant. Hinc, in *l.* 2. *de in jus vocand.* recte dixit Ulpianus: *& ceteros magiſtratus, qui imperium habent, qui & coercere aliquem poſſunt, & jubere in carcerem duci*. Imperium igitur habere dicuntur illi, qui poſſunt non ſolum coercere, ſed etiam
13 in carcerem duci jubere. Neque hoc ſatis erat Romanæ Reip. tempore. Nam Tribuni plebis, licet prehendere, & in carcerem conjicere poſſent, tamen ſine imperio eſſe dicebantur, quia vocationem non habebant. Quare Antiſtius Labeo, a Tribuno pleb. per viatorem vocatus, non paruit: reſponditque, Tribunos non habere jus, neque ſe, neque alium quemquam in cauſa vocandi, cum moribus majorum Tribuni plebis prehenſionem haberent, vocationem non haberent. Poſſe igitur eos venire, & prehendi ſe jubere, ſed vocandi abſentem jus non habere. Ulpianus tamen in laudata *leg.* 2. vocationis mentionem non facit, ſed ſolum prehenſionis, quia fortaſſe eo tempore ſublatum erat diſcrimen inter vocationem, & prehenſionem, cum tribunitiam poteſtatem uſurpaſſent Imperatores. Certe Tacitus *lib.* 13. *Annal.* inter ſigna manentis adhuc imaginis Reip. refert a Senatu prohibitos Tribunos jus Prætorum, & Conſulum præripere, aut vocare ex Italia, cum quibus lege agi poſſet.

Neque olim majores Magiſtratus a minoribus differebant ratione imperii, ſed ratione auſpiciorum. Gell. *lib.* 13. *cap.* 15. ex Meſſalla augure: *Patriciorum auſpicia in duas ſunt poteſtates diviſa. Maxima ſunt Conſulum, Praetorum, Cenſorum*, &c. *Reliquorum Magiſtratuum minora ſunt auſpicia. Ideo illi minores,* 14
hi majores magiſtratus appellantur. Majora autem ac minora auſpicia dicebantur a majori, & minori templo. Templum dicebatur, teſte Varrone, locus, in terris augurii, vel auſpicii cauſa, quibuſdam conceptis verbis finitus. Conſtat igitur, inter majores, & minores magiſtratus hoc fuiſſe diſcrimen, quod illi majoribus, hi minoribus auſpiciis creabantur.

Enimvero non nego, majores Magi- 15
ſtratus majus imperium habuiſſe: ſed hoc eos in diverſa claſſe non conſtituebat. Nam Prætor erat major magiſtratus, ſicut Conſul, & tamen minus impe-

pe-

perium habebat. Gell. loco laudato: *Quia imperium minus Prætor, majus habet Consul.* Justinianus noster in *novell. de Prætor. Pisidiæ* ait, Prætores paulo minores esse Consulibus. Itaque Consules habebant duodecim lictores: Prætores vero tantummodo sex.

Ad rem redeamus. In jus vocari non poterant majores Magistratus, quia ipsi prehensionem habebant: & qui prehensionem habebat, in jus vocari non po-
16 terat. Minores autem Magistratus in jus vocari poterant, quia jus vocationis, & prehensionis non habebant. Iterum Gell. *lib.* 13. *cap.* 13. ex libris M. Varronis: *Qui potestatem neque vocationis populi viritim habeant, neque prehensionis, eos Magistratus a privato in jus quoque vocari est potestas.* M. Lævinus, *Ædilis curulis, a privato ad Prætorem in jus est eductus.* Ex quibus apparet, tam in *lib.* 2. *ff. de in jus voc.* quam in *l. nec magistratibus* 31. *ff. de injur.* nomen imperii referendum esse ad hoc jus vocationis, & prehensionis, non vero ad mixtum imperium, & modicam coercitionem.

Atque ut hoc uberius, & luculentius ostendamus, probandum est, minores Magistratus habuisse mixtum imperium, & modicam aliquam coercitionem, licet sine imperio esse dicerentur. Ordiamur a Tribunis plebis. Tribunos plebis sine imperio fuisse, tradit Appius
17 Cos. apud Livium: & inter Magistratus, qui imperium non habent, recensentur a Gell. *d. lib.* 13. *cap.* 12. & fuisse minores Magistratus, nemo dubitat, adeo ut quidam dubitaverint, an magistratus essent. Sed Cicero, harum rerum peritissimus, Magistratus appellat. Et tamen hos habuisse mixtum imperium, & potuisse coercere contumaces, certissimum est. Nam & mulctam dicebant. Liv. *lib.* 2. *mulcta temperarant Tribuni, cum capitis acquisissent: duo millia æris damnato mulctam edixerunt.* Et *lib.* 35. refert a Rutilio Tribuno pleb. C. Claudium Pulcrum, & Tiberium Sempronium Graechum Censores mulctatos fuisse. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Addidit L. Piso, designatus Cos. ne quid intra domum pro potestate animadverterent: neve mulctam ab iis dictam Quæstores ærarii in publicas tabulas ante quatuor menses referrent: medio temporis contradicere liceret, deque eo Consules statuerent.* Et in carcerem duci jubebant, adeo ut nonnullos ex Consulibus in carcerem conjecerint, ut testatur Appian. *lib.* 4. *bell. civil.* Et sane C. Curiatius, Tribunus pleb. Publ. Scipionem Cos. in vincula conjecit, teste M. Tullio *lib.* 3. *de legib.* Metellus Cos. a L. Flacco, Trib. plebis, in vincula conjectus, teste Dione *lib.* 37. Præterea P. Sempronius Appium Claudium Censorem, Trebonius Catonem duci jussit. Igitur sine imperio esse dicebantur, non quia nullum haberent imperium; sed quia deerat ipsis aliquid ad summum imperium, nempe jus vocationis.

Veniamus ad Ædiles. Erant hi minores magistratus, & quidem paulo amplius, quam privati, ut de se ipso fatetur Cicero *action.* 2. *in Vert.* Ædiles potuisse in jus vocari auctoritate Varronis, & exemplo M. Lævini, Ædilis 18
curulis, confirmat Gellius loco laudato. Itaque Ædiles recensendi sunt in numero eorum, qui sine imperio, & potestate esse dicuntur in *l. nec magistratibus* 32. *ff. de injur.* Et tamen Ædiles habebant mixtum imperium, & modicam coercitionem.

Primum enim poterant pignora capere, & mulctam dicere. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Cohibita arctius Ædilium potestas, statutumque, quantum curules, quantum plebeii pignoris caperent.* De mulctâ Papinianus in *l.* 1. §. 1. *ff. de via public.* & *si quid in ea: Si autem non emundaverint, neque construxerint, mulctent eos.* Quo pertinet illud Taciti *l.* 3. *An.*

3. *Annal. Fraude mancipum, & incuria magistratuum plurima per Italiam itinera*
19 *interrupta*. Imo non solum Ædiles, sed etiam Curatores viarum mulctare poterant, iisque in dena millia mulcta permittebatur Senatusconsulto, quod extat apud Frontinum *lib.* 2. *de aquæduct.* Liv. *lib.* 10. *refert*, Cn. & Q. Ogulnios, Ædiles curules, mulctatis bonis fœneratorum, ænea in Capitolio limina, & trium mensarum argentea vasa posuisse in cella Jovis. Et *ab Ædilibus plebeiis*, L. Pæto, *& C. Fulvio Curvo ex mulctaticia pecunia, quam exegerunt pecuariis damnatis, ludi facti, & aurea ad Cæsaris posita*. Et rursus: *Damnati ab Ædilibus, quia plus, quam quod lege finitum erat, agri possiderent*. Id. *lib.* 48. refert, frumentarios pecunia ab Ædilibus damnatos ob annonam compressam. Gell. *lib.* 10. *cap.* 6. *Appi Cæci filiæ, quod locuta esset petulantius, Ædiles plebis mulctam dixerunt æris gravis* xxv. *millia*.

Sed & aliis modis coercebant noxios cives. Nam & iniquas mensuras frangebant. *l. item quæritur* 13. §. *si quis*
20 *mensuras ff. locat.* Et concidere poterant, si quid in via publica positum esset impedimento. *l. lectos* 12. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Et merces improbas jactabant. Eleganter Plaut. in *Rudente*:

Ita solet Neptunus: quamvis fastidiosus Ædilis est.
Si quæ improbæ sunt merces, jactat omnes.

Sed & gravius aliquando coercebant. Liv. *lib.* 35. *Ædiles plebis aliquot matronas accusarunt, quasdam ex eis damnatas in exilium egerunt*. Probabile tamen est, hoc non propria auctoritate effecisse.

Supersunt Quæstores, qui erant infimus Romæ Magistratus, & primus ad honores ascensus. *l.* 1. *ff. de offic. Quæstor.* Hos etiam modicam coercitionem
21 habuisse, non est ambigendum. Neque enim potuissent exigere vectigalia, & publicam pecuniam, si non habuissent jus coercendi contumaces, argumento text. in *l. sacrilegi* 9. *in fin. ff. ad leg. Jul. peculat. in l. vectigalia* 10. *in fin. ff. de publican.* Tac. *lib.* 13. *Annal. Helvidius Priscus, Tribunus pleb. adversus Obultronium Sabinum, ærarii Quæstorem, contentiones proprias exercuit, tamquam jus hastæ adversus inopes inclementer ageret*. Capiebant igitur Quæstores pignora a pauperibus, qui non solvebant, & sub hasta vendebant. De Balbo Quæstore multa infanda narrat Ciceroni Asinius Pollio inter ejus Epistolas 32. *lib.* 10. Sed hic non erat Quæstor urbanus, & potestate magistratus abutebatur. Plane cum Augustus ærarii militaris curam tribuit Prætoriis, (quos Tacitus Prætores ærarii vocat, Quæstoribus subrogatos) duos eis lictores dedit, & alios ministros. Testatur tamen Dio *lib.* 55. sua ætate ab Imperatore legi solitos, nec lictores habere. In locum Quæstorum successerunt Præfecti ærario: Gell. *lib.* 13. *cap.* 23. *in fin.* Tacit. *lib.* 13. *Annal.* quorum officium maximum erat. Plin. *Panegyr. ad Trajan. Nondum biennium complevimus in officio laboriosissimo, & maximo, cum tu nobis consulatum obtulisti*, & *epist.* 10. *lib.* 1. *Distringor officio, ut maximo, sic molestissimo: sedeo pro tribunali, subnoto libellos* &c. *agere negotium publicum, cognoscere, judicare, promere, & exercere justitiam*. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Tunc Claudius Quæstores rursus imposuit, iisque, ne metu offensionum segnius consulerent, extra ordinem honores permisit. Sed deerat robur ætatis eum primum magistratum capessentibus. Igitur Nero Prætura perfunctos, & experientia probatos delegit*. Vides hoc maximum officium fuisse, & omni ratione quasitam huic magistratui auctoritatem. Quapropter inepte quis dubitaverit, hunc magistratum habuisse mixtum imperium, præsertim quia gravissimas controversias, causasque judicabat. *l. edicto l. Senatus. l. Arrianus ff. de jure fisci l. cum quidam ff. de*

ff. de his, quæ ut indign. l. 4. §. si bona ff. de fideic. libert. l. cum hi 8. §. transactiones ff. de transaction.

De Magistratibus quoque extraordi-
nariis dubitandum non est: ut de Præ-
22fecto vigilum constat ex *l. 3. ff. de off.*
Præf. vigil. ex *l. cum servus 15. ff. de*
condict. caus. dat. De Præfecto annonæ ex
l. mulierem 15. ff. de accusat. & ex iis,
quæ supra diximus de Ædilibus.

Hactenus de Magistratibus urbanis.
Supersunt Magistratus municipales, qui
secundo loco opponuntur, quasi mixtum
23imperium non haberent. Ego tamen
contrarium verius puto, quod ut evi-
denter demonstrem, præmittendum est,
non in omnibus municipiis, & coloniis
eosdem fuisse magistratus, sed alibi alios.

Ubique fere locorum magistratum ge-
rebant Duumviri, qui ad similitudinem
Consulum constituebantur. Quamobrem
horum sæpissime mentio fit in jure no-
stro, ut in *l. fin. C. de judic.* in *l. 1. ff.*
de alb. scrib. l. honores 7. §. is qui ff. de
decret. ab ord. fac. l. 1. §. ult. ff. de mag.
conv. l. 3. §. ult. ff. de pecul. l. item eo-
24*rum §. 1. ff. quod cujusque universitatis l.*
1. ff. si quis jus dic. non obtemp. l. inju-
riarum §. idem Labeo ff. de injur. l. ult.
ff. ad municip. l. in honorariis §. ult. ff. de
action. & oblig. & passim. Alicubi ta-
men erant Quatuorviri, ad quos Ale-
xander Imperator mittit rescriptum in
l. unic. C. de solut. & liberat. debitor. ci-
vit. lib. 11. Cicer. *Epist. 32. lib. 10. Qua-*
tuorviratum sibi prorogavit.

Plures alios magistratus nominat Spartian. in Hadriano: *In Etruria Præturam Imperator egit. Per Latina oppida Dictator, & Ædilis, & Duumvir fuit. Apud Neapolim Demarchus: in patria sua Quinquennalis: & item Adriæ Quinquennalis, quasi in alia patria: & Athenis Archon fuit.*

Alexandriæ loco Duumvirorum erat Juridicus, de quo in *tit. C. de offic. Jurid. Alexan.* & alibi passim.

In plerisque tamen municipiis magistratum gerebant aut Duumviri, aut Ædiles. Cic. *lib. 13. epist. 11. Constituendi municipii causa hoc anno Ædilem filium meum fieri volui,* &c. *Is enim magistratus in nostro municipio, nec alius ullus creari solet.* Et Ædilium sæpe mentio apud veteres. Tusculi tamen Consul creabatur. Sidicini, & Ferenti Quæstor.

Sed hi Magistratus non tam potesta-
te, quam nomine inter se discrepabant.
Etsi enim non omnium una eademque
esset potestas, & auctoritas; tamen cum
omnes suæ civitati præessent, & ad eos
summa rerum rediret; sine imperio, &
coercendi potestate esse non poterant.
Itaque imperii habebant insignia. Apul.25
lib. 1. Milesiar. Nam & lixas, & virgas,
& habitum prorsus Magistratui convenien-
tem in te video. Annonam curamus, ait,
& Ædiles gerimus. Cic. *in orat. in Rul-*
lum: Nam primum, cum ceteris in colo-
niis Duumviri appellentur; hi se Præto-
res appellari volebant. Deinde anteibant
lictores non cum bacillis, sed ut hic Præ-
toribus anteunt, cum fascibus duobus. Ir-
ridet Campanam superbiam. Hoc tamen
postea Duumviris concessum. Petronius
de Sexviro Augustali: *Et quod præcipue*
miratus sum, in postibus triclinii fasces
erant cum securibus fixi. Theodosius in
l. duumvirum C. de decur. Duumvirum
impune non liceat extollere potestatem fa-
scium extra metas territorii propriæ civi-
tatis. Quorsum lixæ ac lictores, si non
habet vocationem aut prehensionem? Cer-
te Magistratus, qui neque vocationem,
neque prehensionem habebant, nec li-
ctorem, nec viatorem habebant. Quor-
sum fasces, si non potest castigare, &
verberare? Quorsum prohibetur extolle-
re extra metas territorii, si non sunt
insigne imperii? Et animadvertendum
est, Imperatorem non nominare fasces;
sed potestatem fascium. Potestatis nomen26
indicat imperium. *l. 1. ff. si quis jus dic.*
non obtemper. l. 2. & 3. ff. ne vis fiat ei

l. 3. ff. de jurisd. l. nemo potest ff. de reg. jur. Recte igitur Juvenalis hos Magistratus appellavit *Potestates*.

27 *An Fidenarum, Gabiorumque esse Potestas*. Potestates autem sunt magistratus, qui habent Imperium. *l. fidejussor. 26. in princ. ff. de pignor. l. quid sit fugitivus §. pen. ff. de ædil. edict.* Cic. 3. *de legib. Si par, majorve potestas, populusve prohibescit*. Ascon. Pedian. *in 4. in Verr. Romæ appellari Tribuni possunt contra omnem potestatem*. Sueton. *in Cæsar. Quod compellari apud se majorem potestatem passus esset*. Et *in Claudio: Jurisdictionem de fideicommissis in perpetuum, atque etiam per provincias Potestatibus delegavit*. Et sane ita se res habebat: nam hi magistratus habebant potestatem in vincula conjiciendi, & verberandi. Vellej. Paterc. *lib. 2. xix. Marius injecto in collum loro, in carcerem Minturnensium jussu Duumviri perductus*

28 *est*. *In Act. Apostol. cap. 16.* traditum est D. Paulum, & Silam a Magistratibus Philippensium in vincula conjectos, & virgis cæsos fuisse. Callistratus in *l. eos 12. ff. de Decurion. Sed ne quidem arcentur honoribus, qui ab Ædilibus flagellis cæsi sunt: quamquam jure suo ita Ædiles officio isto fungantur: inhonestum tamen puto esse, hujusmodi pœnas flagellorum ictibus subjectus in ordinem recipi*. Erat enim atrox coercitio flagel-

29 lorum verberatio *l. Sed sicut in fin. ff. de usufr. l. Prætor edixit §. præterea ff. de injur. l. sed si hac lege §. pen. ff. de in jus vocand.* Si igitur Ædiles habebant potestatem atrociter verberandi, multo magis poterant modice coercere: hoc enim jus atrociter verberandi nec legatus quidem Proconsulis habebat. *l. Si quid erit ff. de offic. Proconsf.*

Illud notius est, Magistratus municipales habuisse potestatem coercendi servos, eosque in vincula conjiciendi. *l. Si quis uxori §. qui fugitivum ff. de furt.* & castigandi. l. *Magistratibus 12. ff. de jurisd. l. item apud Labeonem §.* 30 *unde, 9. ff. de injur.*

Poterant & pignora capere. *l. quemadmodum 29. §. Magistratus ff. ad leg. Aquil.* Et captis pignoribus tutores coercebant, 31 & ad satisdandum compellebant. *l. 3. §. 1. ff. de reb. cor. §. quibus Instit. tit. de satisd. tutor.*

De mulcta major esse potest controversia. Sed non absurde tentari potest, etiam mulctam dicere potuisse; ex *l. aliud fraus 151. in fin. ff. de V. S.* Ibi: *Mulctam dicere potest is, cui judicatio data est. Magistratus soli, & præsides* 32 *provinciarum posse mulctam dicere mandatis permissum est*. Tria hic genera personarum continentur. Primum illi, quibus judicatio data est. Hi sunt Magistratus urbani, *l. 2. §. ult. ff. de judic.* qui eam non habebant specialiter permissu Principis, sed Consules eam habuerunt ab initio: alii vero Magistratus a lege, lata a Coss. A. Aterino & Sp. Tarpeio, ut refert Dionys. Halicarn. *lib. 10.* Secundo loco nominantur Magistratus: tertio Præsides. Qui sunt isti Magistratus? nempe Magistratus municipales, quibus mandatis Principum specialiter mulctæ dictio permissa fuit. Quidam interpretantur id de Magistratibus urbanis. Huic interpretationi multa repugnant. Primum, quod Magistratus urbani continentur in verbis antecedentibus, ut diximus. Præterea, quia opponuntur inter se illi, qui habent mulctæ dictionem ea de causa, quia illis judicatio publice data est, illis, quibus id specialiter permissum est. *l. 2. in fin. ff. de judic.* Ergo in hac lege nomine Magistratuum non possunt intelligi Magistratus urbani: nam illi ideo mulctam dicere possunt, quia ipsis publice judicium est, seu judicatio data est: hi vero ideo, quia mandatis Principum id 35 permissum est. Denique Magistratus urbani non habebant mulctæ dictionem, ex mandatis Principum, sed more majo-

34 jorum, teste *Gell. lib.* 1. *cap.* 1. Eam enim habebant etiam ante Imperatores: mulctæ enim mentio fit etiam in legibus Valerii Publicolæ, primi Consulis. Vide Plutarch. in ejus vita: & tantum abest, ut ipsis data fuerit ab Imperatoribus, quin potius ab ipsis cohibita fuit, & certus modus constitutus, quem prætergredi non poterant: ut de Ædilibus tam curulibus, quam plebis supra probavimus auctoritate Cornelii Taciti.

Contra, quod nomen magistratus in lege nostra referendum sit ad Magistratus municipales, hæc suadere videntur. Primum, quod ait, *Magistratus solos*. Frustra apposita esset adjectio illa *solos*, si referretur ad urbanos: cum enim dixerit, eos habere mulctæ dictionem, quibus judicatio data est, utique hi sunt
35 soli magistratus. Cum igitur post urbanos progredi vellet ad provinciales, statuit solos Magistratus, & Præsides posse mulctam dicere, ut excluderet Decuriones, Susceptores, Curatores calendarii, Curatores annonæ, Syndicos, & alia officia municipalia, quæ non erant magistratus, & ideo mulctam dicere non poterant. Præterea magistratus nomine sæpenumero Magistratus munici-
36 pales intelliguntur in jure nostro. Extat in Pandectis titulus de Magistratibus conveniendis. Sunt autem hi Magistratus municipales: nam Prætor, & Præfectus ea de causa conveniri non poterant. *l.* 1. §. *neque prætor ff. de Magist. conven.* Præsertim quoties agitur de rescripto, ac mandato Principis, quia Magistratibus provincialibus rescribere solebant; *l. ult. ff. de tutor. & curat. dat.* aut quoties nomen Magistratus conjungitur cum nomine Præsidis, ac conjun-
37 gantur duo diversi generis. *l.* 1. §. *Si Præses ff. de Magistr. conven. l. tutores ff. de confirm. tutor.* Denique jurisdictionem, ac potestatem, quam Magistratus urbani more obtinebant, Magistratus provinciales habebant a lege & constitutionibus. *l. cum Prætor.* §. 1. *ff. de judic. l. sed etsi* §. *ait Prætor. ff. ex quibus caus. maj.* juncta *l. pars litterarum* 48. *ff. de judic.* Itaque cum hic agatur de potestate, competente ex mandatis Principum, dubio procul ea referenda est potius ad Magistratus, qui erant in provinciis, quam ad eos, qui Romæ erant.

Sed utcumque sit, etiamsi Magistratibus municipalibus non fuisset permissum mulctam dicere, tamen aliis modis coercere poterant, ut demonstravimus. Quibus addimus, quod sicut Ædi- 38
les urbani poterant frangere mensuras iniquas, ita id permissum Ædilibus municipiorum. Pers. Satyr. 3.

Fregerit heminas Aretii Ædilis iniquas.

Juven. Satyr. 10.

——— *Vasa minora.*
Frangere pannosus vacuis Ædilis Ulubris.

Sed & Defensores civitatum, qui erant minores Magistratus, quam Duumviri, tamen poterant coercere. *l. nominem* 1 1. *C. de episcop. audient. Authent. de de-* 39
fensor. civit. §. *audient. Audient vero leviora crimina, & castigationi competenti tradent.* En coercitio modica.

De Juridico Alexandriæ dubitari non potest, cum majorem potestatem haberet, quam Duumviri, quia hi ab ordine Decurionum, ille a Cæsare eligebatur, & ideo maximam in judiciis potestatem habebat, ut ait Strabo *lib.* 17. 40
Geograph. Ubi etiam notat omnes causas eum judicasse, quod non licebat Duumviris.

Constat igitur, etiam Magistratus municipales habuisse mixtum imperium. Quamobrem nullius momenti sunt, quæ contra opponuntur. In *l. ea quæ ff. ad municipal.* recte ait JC. *ea, quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis, fieri non posse a Magistratibus municipalibus.* Etenim ea dicuntur esse magis imperii, quam jurisdictionis, quæ peraguntur apud

Magistratus, qui cum imperio sunt: hoc est apud majores Magistratus, penes quos legis actio est, & imperium.
41 Imperii nomen non semper significat mixtum Imperium: veteres enim cum Imperium mixtum significare volunt, solent id proferre cum adjuncto. Quemadmodum igitur supra probavimus, imperii nomen significat majorem potestatem, summum jus, excellentem jurisdictionem, quam habent majores Magistratus, ut in *l. etsi* 3. *ff. de offic. ejus l. cum Prætor* §. 1. *ff. de judic. l.* 3. *in fin. ff. de recept. arbitr. l.* 3. *ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* & aliis supra laudatis. In *l. ea quæ ff. ad municip.* imperii nomen non potest significare modicam coercitionem, quia restitutio in integrum, prætoria stipulatio, & hujus generis reliqua, quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis. *d. l. ea quæ* §. 1. *& l. jubere* 4. *ff. de jurisdict.* non pertinent ad coercitionem contumacis. Pertinent tamen ad excellentem jurisdictionem, & eminentem potestatem, quam habent magistratus, qui cum imperio sunt: & ideo dicuntur esse magis imperii, quam jurisdictionis. Spectant enim ad eum magistratum, qui habet imperium, non ad eum, qui habet jurisdictionem, & sine imperio est. Qui autem magistratus cum imperio, & qui sine imperio esse dicantur, supra expositum est satis luculente.

In *l.* 1. *ff. Si quis jus dic. non obtemper.* non agitur de mulcta, sed de pœnali
42 judicio. Aliud est mulcta: aliud pœnale judicium, ut adnotarunt omnes eruditi. Mulctam dicit Magistratus contra contumacem, non obtemperantem suæ jurisdictioni, & exigitur a Magistratu ipso, & fisco vindicatur. *l. ult. C. de mod. mulct.* Pœnale judicium est actio, quæ datur litiganti, hoc est, ei, cujus interest non fuisse obtemperatum jus dicenti, ad vindicandam contemptam majestatem Magistratus, & ejus imperium: neque enim datur contra eum, qui quandocumque detrectavit parere magistratui, ejusque jurisdictioni, sed solum contra eum, qui contempsit ejus imperium in fine jurisdictionis: hoc est, qui reluctatus est imperio, & coercitioni magistratus. Neque statuitur pro arbitrio magistratus, sed condemnatur contumax actori, quanti ea res est. *d. l.* 1. *ff. si quis jus dic.* Plura non addo: doctissime enim, ac luculentissime hæc exponuntur a Duar. disp. *lib.* 1. *cap.* 50. *Bellon. de mand. jurisd. c.* 8. *quæst.* 19. Illud tantum dico: mulctam dici ad tuendam jurisdictionem: hoc judicium potius dari ad tuendum mixtum imperium: ideo facilius mulctæ dictio conceditur; quia jurisdictio nulla est sine modica coercitione. *l. ult. in fin. ff. de offic. ejus*, &c.

CAPUT V.

AD L. IN PRIVATIS 77.

ff. de Judic.

SUMMARIUM.

I. Proponuntur duæ leges, quæ contrariæ putantur.
II. Negotium quid significet in jure?
III. Judicia privata, & publica, quæ?
IV. Pater filium, & filius patrem judicem habere potest in privatis, non in publicis judiciis.
V. Majus periculum imminet patre judicante in causa filii, quam eo jus dicente.
VI. Judicandi, sicut juris dicundi, officium publicum est.
VII. Quoad jus publicum, filius non sequitur jus patriæ potestatis.
VIII. Filius potest arbiter esse de re patris.
IX. Arbiter conventione litigantium eligitur.
X. Judices ex consensu dabantur.
XI. Prætor judices seligebat, & in albo nomina eorum scribebat, & jurabat se optimum quemque seligere. n. 12.
XII. Judicia interdum penes Senatum, interdum penes Ordinem equestrem, interdum penes utrumque fuere.
XIII. Litigantes judicem non seligebant, sed datum rejicere poterant. & n. 16.
XIV. Si actor judicem ferret, reus refugere poterat, & ejerare sibi iniquum esse.

XV.

XV. Si non refugiebat, judex ex consensu datus dicebatur.

XVI. Nec in refugiendo necesse erat causam addere.

XVII. Non poterat rejici judicio jam inchoato.

XVIII. In causis criminalibus quomodo liceret judicem rejicere.

XIX. Sibi imputare debet, qui judicem accepit patrem, aut filium, cum posset rejicere.

IN *l. qui jurisdictioni* 10. *ff. de jurisd.*
1 *omn. jud.* ait Ulpianus: *Qui jurisdictioni praeest, neque sibi jus dicere debet, neque uxori, vel liberis suis, neque libertis, vel ceteris, quos secum habet.* Contra Africanus in *l. in privatis* 77. *ff. de judic. In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest.*

Contraria existimantur hæc duo responsa, sed non sunt. Primum autem disputant interpretes, quæ sint privata negotia. Privata negotia sunt privatæ controversiæ, de quibus privata judicia
2 peraguntur. Negotium enim pro quæstione, controversia, lite, sæpenumero usurpatur in jure nostro, ut in *l. Imperatores* 34. *ff. de jure fisc. in l. eumdem* 16. §. 1. *ff. de legation.* Hinc negotium facere alicui dicitur, qui eum litibus vexat. *l.* 1. *ff. de calumniat. l.* 5. *ff. de obsequiis parent. l.* 6. *C. de testib.*

Privata igitur negotia sunt privatæ controversiæ: unde & privata judicia dicuntur, in quibus illæ agitantur. Cicer. *lib.* 1. *de Orator. Nam volare in foro: hærere in Prætorum tribunalibus: judicia privata magnarum rerum obire.* Et in *Topic. Privata judicia maximarum quidem rerum in Jureconsultorum mibi videntur esse prudentia.* Gell. *lib.* 14. *cap.* 2.
3 *Quo primum tempore a Prætoribus lectus sum in judices, ut judicia, quæ appellantur privata, susciperem.* Judicia igitur privata erant, in quibus Prætor judicem dabat, in quibus privata negotia disceptabantur. Ratione muneris, & rationе judicantis omne judicium publicum est. *l. quippe* 78. *ff. de judic. l.* 2. *ff. de reg. jur.* Ratione negotii, & controversiæ, de qua disceptatur, alia sunt judicia privata, alia publica. §. *publicorum Instit. tit. de public. judic.* Igitur
in privatis judiciis pater filium, vel 4
filius patrem judicem habere potest: non in publicis, in quibus de capite, aut existimatione alicujus quæritur. Esset enim inhumanum, & omnino non tolerandum, filium a Patre, aut Patrem a filio torqueri, catenis vinciri, verberibus subjici, supplicio affici, ut notant Græci interpretes.

His expositis, superest alia quæstio explicanda. Quid rei sit, cur Pater in causa filii, filius in causa Patris judex esse possit, non possit autem jus dicere. Non sunt hæc contraria. Aliud enim est judicare, aliud jus dicere, ut norunt omnes. *l. voluit* 4. §. *ult. ff. de interrogation. l. quidam* 57. *ff. de re judic. rubric. C. ne quis in sua caus. jud. vel jus dicat.* Sed tamen, si Patri non permittitur jus dicere in causa filii, quid est, quod judicare pariter non prohibetur?
Majus enim periculum imminere vide- 5
tur, si judicet, quam si jus dicat. Nec nodum solvit Paulus in *l. quippe* 78. *ff.*
de judic. ubi eam rationem affert: quia 6
judicandi munus publicum est. Hoc enim solum efficit, ut in judicando nulla debeat haberi ratio patriæ potestatis; nec filius, & pater pro una, eademque persona sint habendi, quemadmodum considerantur in iis, quæ ad jus privatorum pertinent, *l. ult. in fin. C. de impub. & al. substit. l. cum scimus* 12. *in fin. C. de agric. & censit. lib.* 11. quod & in actionibus exercendis obtinet. *l. ne cum filiofam.* 76. *ff. de furt.* Facit text. in *l.* 2. *in princ. ff. quar. rer. act. non det.*
In iis autem, quæ ad jus publicum per- 7
tinent, filius non sequitur jus patriæ potestatis, *l. nam quod* 14. *ff. ad SC. Trebell.* & loco patrisfam. habetur. *l. filiusfam.* 9. *ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. l. item eorum* 6. *ff. quod cujusque universit. l.* 2. *ff. de muner. & bonor.* Romani enim potiorem voluerunt esse cau-

causam Reip. quam patriæ potestatis. *l. honor. 14. §. plebeii ff. de muner. & hon. l. postliminium 19. §. filius quoque ff. de capt. & postlim.* Antiquius enim est, ut patriæ quis nascatur, cui nati sunt & ipsi parentes. *l. 1. §. & generaliter ff. de ventr. in poss. mittend.* Ceterum hæc scrupulum non evellunt, quia etiam juris dicendi murus publicum est, *l. ille a quo 13. in fin. cum seq. ff. ad SC. Trebell.* & tamen Pater filio jus dicere non debet. *l. qui jurisdictioni ff. de jurisd.*

Puto rationem eruendam esse ex *l.*
8 *quin etiam 6. ff. de recept. arbitr. Quin etiam de re Patris dicitur filiumfam. arbitrum esse: nam & judicem eum esse posse plerisque placet.* Quæ verba mutuatus est Gratian. *in c. 2. §. filius. 3. quæst. 7.* Comparantur hic arbiter ex compromisso, & judex. Non dubitatur autem, filium in causa patris ideo arbitrum esse posse, quia arbiter conventione, consensuque utriusque litigantis
9 eligitur, sibique debet imputare, qui consentit in patrem, aut filium. *l. diem §. stari ff. de recept. arbitr.* Igitur eadem ratio urgeat in judice, necesse est, quoniam alterum alteri exemplum præstat, & ab altero ad alterum ducitur argumentum.

Et sane ita se res habet. Cicer. *in orat. pro Cluent. Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima, esse judicem, nisi qui inter*
10 *adversarios convenisset.* Valer. Max. *lib. 2. cap. 8. Itaque judex inter eos convenit Attilius Calatinus, apud quem Valerius in hunc modum egit.* Sed ne quis credat, judices electos fuisse a litigantibus sicut arbitri ex compromisso eligebantur, adeo ut in his nullæ essent partes Prætoris, *l. 3. §. tametsi ff. de rec. arbit.* tota res accuratius est explicanda.

Prætor judices seligebat, qui de privatis negotiis judicarent. Gell. *lib. 14. cap. 2. Quo primum tempore a Prætoribus lectus sum in judices, ut judicia, quæ appellantur privata, susciperem.* Eorum nomina describebat in albo. Senec. 11
lib. 3. de benefic. cap. 7. Ubi id, de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad hæc sumi judex ex turba selectorum, quem census in album, & equestris hereditas misit. Aliquando enim judicia fuerunt penes Senatores, plerumque penes Equites, aliquando penes utrosque. Ex his autem Prætor ju- 12
dices legere debebat. Damnat hoc Plin. *lib. 14. cap. 1. Posteris laxitas mundi, & rerum amplitudo damno fuit, postquam Senator censu legi cœptus, judex fieri censu.* Jurabat autem Prætor se optimum quemque seligere. Cic. *pro Cluent. Deinde Prætores urbani, qui jurati debent optimum quemque in selectos judices referre.*

Litigantes judicium, & judicem a Prætore postulabant. *l. Si quis cum ff. commun. divid.* Ascon. *Cum in rem ali-* 13
quam agerent litigatores, judicem poscebant. Cic. *pro Cæcin. Cœpit Scandilius recuperatores, aut judicem postulare.* Prætor, quem volebat, ex selectis judicem addicebat. Neque enim Prætor permittebat actori certum aliquem judicem sumere, sed solum concedebat, ut rejiceret. Quo pertinet illud Ciceronis *lib. 3. in Verr. Si mehercule ex omni copia conventus Syracusani, splendidissimorum, honestissimorumque hominum faceres potestatem aratori non modo rejiciendi, sed etiam sumendi recuperatores; tamen hoc novum genus injuriæ ferre nemo posset, te, cum tuos omnes fructus publicano tradidisses, & rem de manibus amisisses, tum bona tua repetere, ac persequi lite, atque judicio.* Huc etiam puto pertinere formulam illam in addicendo judice, quam refert Fest. *in verb. procum. Si alium procas, nive eum procas: procare enim est poscere.* Non poterat enim Prætor judicem addicere, quem altera pars nominatim petiisset *l. observandum ff. de judic.*

Ve-

Verum enimvero solebat aliquando actor, qui in jus vocabat reum, aut qui provocabat, reo judicem ferre. Liv. *lib. 8. Eumque tibi exercitus, Senatusque judicium fugienti, judicem fero*. Et *lib. 9. Quem tibi tuarum irarum, quem meo-*
14 *rum suppliciorum judicem feram*. Poterat tamen reus refugere, & rejicere judicem, quem ferebat actor. Cic. *pro Q. Rosc. Quem si ferrem judicem, refugere non deberet, quomodo testem productum reprehendere audebit?* Id. 12. *de Orator. Cum ei M. Flaccus, multis probris objectis, P. Mucium judicem tulisset, Ejero, inquit, iniquus est: Cum esset admurmuratum, Ah! inquit, P. C. non ego illum mihi iniquum ejero, verum omnibus*. Qui judicem rejiciebat, iniquum sibi ejerabat: non quod eum iniquum aut injustum esse diceret, sed quod æquo jure apud eum disceptare non posset. Cic. *de petit. consulat. Vocem audivimus jurantis, se Romæ judicio æquo cum homine Græco certare non posse*.

15 Quod si reus non refugeret judicem, quem ferebat actor, sed in eum consentiret, Prætor eum judicem addicebat; isque ex consensu datus, & ex conventione litigatorum addictus dicebatur. Atque ita intelligenda. *l. Si in judicis 80. ff. de judic. l. ex consensu 23. ff. de appellat. l. quidam consulebat 57. ff. de re judic.* Debebat tamen convenire judex unus, ex selectis in albo descriptus. Quo alludit Plin. *in Præfat. Quid te judicem facis? cum hanc operam condicerem, non eras in hoc albo. Majorem te sciebam, quam ut descensurum huc putarem*.

Si vero judex non convenisset: nempe si aut actor judicem non ferebat, aut reus eum sibi iniquum ejerabat: tunc Prætor, quem volebat, ex albo judicem dabat. Licebat tamen litigantibus eum rejicere, & ejerare. Cic. 5. *in Verr. Scandilius postulare de conventu recuperatores. Tum iste negat se de existimatione sua cuiquam, nisi suis commissurum. Negotiatores putant esse turpe,* 16
id forum sibi iniquum ejerare, ubi negotientur. Prætor provinciam totam sibi iniquam ejerat. Plin. *in Panegyr. ad Trajan. Licet rejicere, licet exclamare: hunc nolo*. & infra: *Liberum est autem disceptanti dicere: nolo eum eligere: neque enim ullam necessitatem muneribus tuis addis*. Et alludit etiam in *Præfat. Præterea est quædam publica etiam eruditorum rejectio*. Nec puto necessarium fuisse causam addere: satis enim erat sibi iniquum ejerare. Nec obstat text. in *l. pa-* 17
riter 9. ff. de liber. caus. Nam ibi judicium erat jam cœptum: itaque sine causa non poterat illud evitare, qui eo inchoato supervenerat.

In causis etiam criminalibus fiebat 18
sortitio, deinde rejectio: mox subsortitio, ut luculente Ascon. Pedian. *in 2. in Verr.* Lex autem Cornelia prohibebat amplius, quam tres judices, rejicere, teste Cicerone *in 2. in Verr.* Sed hæc ad nos non pertinent.

Jam concludamus. Cum judex invito non daretur, sibi imputare debet, si quis judicem in causa filii Patrem accepit. Et ideo JC. in *l. quin etiam 6.* 19
ff. de recept. arbitr. ducit argumentum a judice ad arbitrum: non multum enim hac in re differunt. Magistratus autem jus dicit etiam in invitum, & quidem sine spe restitutionis. *l. sed etsi 26. §. ait Prætor ff. ex quib. caus. major.* Judicis autem dati sententia appellatione rescinditur. *l. ult. ff. quis & a quo appell.*

CAPUT VI.

Ad §. Prætorum Instit. tit. de jur. nat. gent. & civil.

SUMMARIUM.

I. *Lex populi jussum, nec nisi a populo condi poterat.*

II.

II. Quicquid a populo decernebatur, lex dicebatur.
III. Legem ferebant Consul, Prætor, Dictator, Interrex.
IV. Leges pleræque consulares: paucæ prætoriæ, & quæ?
V. Prætor aliquando in provinciis ex SC. leges dabat.
VI. Exemplum Edicti Prætorii, legis auctoritatem habentis.
VII. Prætor juris custos, non conditor & n. 10. & 12.
VIII. Prætor potest jus constituere, non legem condere.
IX. Prætor legislator: explicatur n. 10. & 12. quomodo intelligendum?
X. Prætor bello præerat, bellum gerebat, populus indicebat.
XI. Initio Reip. tam Consules, quam Dictator, Prætores appellabantur.
XII. Legislator, qui legem fert, & rogat, etiamsi non sanciat.
XIII. Nomothetæ apud Græcos, qui?
XIV. Legislatores etiam Jurisconsulti appellantur.
XV. Theophilus explicatur.
XVI. Edictum Prætoris lex annua.
XVII. Atheniensium Senatusconf. annua.
XVIII. Edictum translatitium.
XIX. Aliquando Prætores aliter, atque edixerant, decernebant.
XX. Alter Prætor poterat intercedere, & alterius iniquitati occurrere.
XXI. Lex Cornelia quid prohiberet?
XXII. Nova edicta post legem Corneliam. & n. 23. & 24.
XXIV. Actiones post legem Corneliam introductæ.
XXV. Senatusconsultum factum ad coercendos Prætores.
XXVI. Explicatur Asconius, Prætorum edicta alia perpetua, alia temporaria.
XXVII. Quæstiones perpetuæ, quæ?
XXVIII. Edicta temporaria, quæ?
XXIX. Edictum perpetuum & immutabile ab Adriano.
XXX. Edictum post Adrianum lex est in genere: non in specie. & n. 31.
XXXII. Vim legis non habet.
XXXIII. Etiam hodie ex edicto non hæreditas, sed bonorum possessio defertur.
XXXIV. Etiam hodie valent ipso jure obligationes, quæ a Prætore impugnantur.
XXXV. Justinianus naturam & vim singularum juris partium non mutavit.

DE Prætoris jurisdictione, atque auctoritate in jure condendo pauca delibabo, de qua in §. *Prætorum Instit. tit. de jure nat. & gent. & civil.* Hac de re disputant interpretes nostri *ad rubr. C. qui admitti*, reique non admodum obscuræ densissimas tenebras offundunt. Primum disputant, an Prætor posset legem condere per prius: deinceps, an posset legem condere per posterius. Inventis his vocibus absonis, & incultis, rem satis expeditam mirum in modum involverunt.

Solum populum Romanum potuisse legem condere, satis constat inter omnes, vel leviter eruditos. Operam perdat, qui hoc probare contendat. Ipsa legis 1
definitio id demonstrat, a legislatore nostro tradita in §. *lex est Instit. tit. de jure natur. gent. & civ. Auctor ad Heren. lib.* 2. *Lege jus est id, quod populi jussu sancitum est.* *A.* Gell. *lib.* 10. *cap.* 20. ex Atejo Capitone: *Lex est generale jussum populi, aut plebis, rogante magistratu.* Boet, *in* Topic. *Lex est, quam Populus centuriatis comitiis sciverit.* Fest. Pomp. *in Verbo* rogatio: *Quod in omnes homines, resve populus scivit, lex est.* Adeo autem legis proprium est populi 2
jussum, ut, quicquid per comitia populus jussisset, lex a veteribus appellaretur. Itaque etiam privilegia leges appellabantur. Exempla apud veteres passim occurrunt, & testatur Gell. *lib.* 10. *cap.* 20. Bellum quoque lege juberi dicebatur, ut passim apud Livium: & legem ferre dicebatur, qui reum ad populi judicium vocabat: & adoptiones lege fiebant. Cic. *pro domo sua: si quod in ceteris legibus trinundinum esse oportet, id in adoptione satis est trium esse horarum, nihil reprehendo.* & reliqua. Gell. *lib.* 5. *cap.* 19. Dio *lib.* 39. & *lib.* 45.

Solus igitur populus legem condebat. Prætor autem legem ferre poterat, & populum rogare. Id solummodo permissum majoribus Magistratibus, nec tamen omnibus. Quatuor tantum ma- 3
gistratus legem ferre poterant: duo ordinarii, Consul, & Prætor: duo item extraordinarii, Dictator, & Interrex. Itaque Prætor legem ferebat, proponebat,

bat, promulgabat: populus condebat: Prætor populum rogabat: populus sciscebat. Prætor legi nomen, populus vim, & auctoritatem dabat. Dio *lib.* 37. Τῷ δὲ στρατηγῷ, τῷ ἐσενεγκόντι αὐτὸν, ἀχθόμενοι οἱ βουλευταὶ, (ὁ γὰρ Μέτελλος ὁ Νέπως αὖ) ἠθέλησαν τό τε ὄνομα αὐτοῦ ἀπαλεῖψαι ἀπὸ τοῦ νόμου, καὶ ἕτερον ἀντεγγράψαι. *Prætori autem, legem ferenti, infensi Senatores, (erat enim is Metellus Nepos,) voluerunt & nomen ejus legi detrahere, & aliud inscribere.* Cic. *in* Rull. *Hic Tribunus plebis lege curiata, quam Prætor ferat, adimit intercedendi potestatem.* Quamquam autem legi vim, & auctoritatem populus tribueret; tamen, quod lege sancitum erat, is qui tulerat, statuisse dicebatur. Flor. *Epitom.* 97. *Judicia quoque per M. Aurelium Cottam Prætorem ad Equites Romanos translata sunt.* Factum est id lege Aurelia de judiciis, a M. Aurelio Cotta Prætore lata. Ascon. Pedian. *Cotta lege sua judicia inter tres ordines communicavit, Senatores, Equites, Tribunos Ærarios.* Vell. Paterc. *lib.* 2. 32. *Per idem tempus Cotta judicandi munus, quod C. Gracchus ereptum Senatui ad Equites, Sulla ab illis ad Senatum transtulerant, æqualiter inter utrumque ordinem partitus est.*

4 Pleræque autem leges erant Consulares, paucæ admodum Prætoriæ: cujusmodi fuerunt lex Cæcilia, a Q. Cæcilio Metello, lex Aurelia, a C. Aurelio Cotta; lex Cassia, a Q. Cassio; lex Fusia de comitiis, a Q. Fusio Caleno, Prætoribus latæ.

5 Aliquando tamen Prætores in provinciis auctoritate a Senatu accepta leges condiderunt, Cic. *lib.* 2. *in Verr. Halesini, cum haberent inter se controversias de senatu cooptando, leges a senatu nostro petiverunt. Decrevit senatus honorifico senatusconſ. ut his C. Claudius, Appii filius, Pulcher, Prætor, de senatu cooptando leges conscriberet.* & paulo infra: *Agrigentini de senatu cooptando Scipionis leges antiquas habent.* Et rursus: *Nam eo quoque colonos P. Rupilius deduxit, legesque similes de cooptando senatu, ac de numero veterum, ac novorum dedit.* At hoc factum solummodo in provinciis: & hæ leges potius Populi, ac Senatus, quam Prætoris esse videbantur. *Id.* Cic. *Quas enim leges sociis, amicisque dat is, qui habet imperium a populo Rom. auctoritatem legum dandarum a senatu; hæ debent & populi R. & senatus existimari.*

Romæ quoque Marius Gratidianus 6
Prætor de re nummaria e Rostris edixit. Hoc edictum a Plinio lex appellatur. In *lib.* 33. *cap.* 9. *in fin. Igitur ars facta denarios probare, tam jucunda lege plebi, ut Mario Gratidiano vicatim totas statuas dicaverit.* Sed hoc non fuit proprie edictum Prætorium, sed a tribunis plebis, adhibito collegio Prætorum communi consensu conscriptum. Et cum constituissent, ut omnes simul in rostra post meridiem conscenderent, Marius, ut collegis, & Tribunis plebis gratiam popularem præriperet, recta conscendit in rostra, &, quod communiter compositum fuit, solus edixit. Et tanto populi consensu, atque approbatione fuit exceptum, ut omnibus vicis statuæ factæ fuerint. Cic. *lib.* 3. *de offic.* Accessit igitur Populi auctoritas, & totius collegii Prætorum, & Tribunorum plebis consensus, neque illud edictum sola Gratidiani Prætoris auctoritate nitebatur.

Non poterat igitur Prætor legem condere. Quapropter Cicero, qui suas le- 7
ges Reip. Rom. accommodavit, eum juris civilis custodem facit, non conditorem: *Qui privata judicet, judicarive jubeat, Prætor esto: juris civilis custos esto.* Contrarium tamen innuere videtur Historicus: *Penes quem Magistratum omnis publici, privatique juris potestas esset, ut & novum jus constituere, & vetera abrogare facultas esset.*

Sed animadvertendum est, aliud esse legem condere, aliud jus constituere. Juris nomen comprehendit etiam Prætoris edicta, quæ jus prætorium, seu jus honorarium appellabantur. *l.* 2. *§. eodem tempore ff. de orig. jur. l. jus autem civile §. ult. ff. de just. & jur. l. jus pluribus ff. eod. §. constat autem Instit. tit. de jure nat. gent. & civil.* Potest Prætor jus constituere, & abrogare: legem condere, & abrogare non
8 potest. *l. cum sponsus §. si res talis ff. de Public. in rem action. l. non est ambigendum in fin. ff. de bonor. possess. l.* 1. *§. sed si Prætor ff. de fer.* Juris nomen latissime patet, præsertim apud veteres rerum Romanarum scriptores, qui hæc minus accurate distinguunt præ Jurisconsultis. Cic. *in Topic. definit Jus civile, quod ex legibus, Senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, æquitate consistat.* Author ad Heren. *Constat igitur jus ex his partibus: natura, lege, consuetudine, judicato, æquo & bono, pacto.* Lex autem pars, seu species juris est. *§. constat autem Instit. tit. de jure nat. gent. & civil. l. jus autem ff. de justit. & jur.* Quod Prætor possit jus constituere, non inde efficitur, posse legem condere. Leo potest generare animal, non tamen potest generare hominem.

Sed Historici testimonium niti, & confirmari videtur auctoritate Justiniani, qui Prætoribus non solum juris, sed legum etiam potestatem tribuit, eosque Legumlatores appellat. *In novell.* 24. *de Præside Pisid. in præfat.*
9 ait, veteres Romanos Prætoribus armorum juxta, ac legum potestatem fecisse & paulo post: Ἐπιτρέψαντες τε αὐτοῖς καὶ τὰ πολιτικὰ διοικεῖν, καὶ τὰ περὶ τῶν νόμων γράφειν. *Concedentes ipsis & rem publicam administrare, & leges scribere.* Et in *novell.* 25. *de Prætor.* Lycaon. *in præfat.* ait, veteres Romanos suos Imperatores appellasse Prætores, eisque potestatem dedisse, ut exercitus ducerent. Καὶ τοῖς ἀπ' αὐτοῦ γραφομένοις ἐπείθοντο νόμοις. *& scriptis ab ipso legibus obtemperabant.* & in *novell.* 26. *de Prætor.* Thrac. *cap.* 1. *Nam si Prætor Romanorum, Imperator simul, & Legislator, hunc locum tenuit in suo Magistratu.* Στρατηγὸς ὁμοῦ καὶ νομοθέτης.

Respondetur, quod, cum Imperator Justinianus in eadem persona, eodemque magistratu conjungere vellet tum rei bellicæ, tum juris civilis administrationem, voluit confirmare hanc Constitutionem exemplo Romanæ Reip. quæ tum Consulibus olim, tum Prætoribus provinciarum postea utrumque concessit. Itaque ea omnia referenda sunt non ad potestatem condendæ legis, sed ad potestatem juris dicendi. Ea enim est mens Justiniani, qui exemplum veterum Romanorum sequi volens, nihil aliud Prætori concedit, quam ut jus dicat.
Habebant in Romana Rep. Prætores 10
armorum juxta, ac legum potestatem. Eamdem nimirum potestatem habebant, quoad arma, quam habebant, quoad leges. Atqui arma quidem tractare poterant, & bella gerere, non tamen poterant bellum indicere. Jussu populi bellum gerebant. Populus lege curiata imperium deferebat Imperatori, ut posset bellum gerere. Ipse bellum jussu populi administrabat, prout Reip. putabat expedire. Sic poterant quidem leges a populo conditas tractare, supplere, corrigere, mitigare, adjuvare: *l. jus autem civile §.* 1. *ff. de justit. & jur.* non tamen poterant leges condere. Sicut bello præerant, tamquam imperatores; ita legibus præerant, tamquam Prætores. *d. novell.* 24. *cap.* 1. ibi: ἡγεῖσθαι, καὶ προβλέβλῆσθαι τῶν νόμων. Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat. Prætor dictus, qui præiret jure, & exercitu.* Sicut autem belli inferendi jus non habebant injussu populi, ita nec legis condendæ. Quare Justinianus non dixit,

eos

eos potuisse leges sancire, aut condere; *sed ea, quæ ad leges pertinent, scribere.* Τὰ περὶ τῶν νόμων γράφειν. Hæc omnia idem significant: habere legum potestatem, posse ea, quæ ad leges pertinent, scribere: esse vivam vocem juris civilis, *l. nam & ipsum ff. de just. & jur.* posse leges adjuvare, supplere, corrigere. *l. jus autem* §. 1. *ff. eod.*

At enim Romani legibus a Prætore scriptis parebant. *d. novell.* 25. *cap.* 1. Hoc vero dictum est de Consulibus, ac Dictatoribus, de quibus ibi agit Justinianus, qui omnes initio Reip. Rom.
11 Prætores appellabantur. Illi dicti sunt Prætores: hic Prætor maximus appellabatur. Liv. *lib.* 3. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. Zonar. *tom.* 2. Varr. *lib.* 2. *de vita pop. Rom. apud Non. in voce* consulum. Fest. *in voce* Prætoria. M. Tullius, *lib.* 3. *de legib.* Et hoc significat Justinianus in *d. Nov.* 25. *in præf.* ubi ait, Prætoris nomen etiam ante Consules fuisse.

Verum quia nec Consules condendæ legis potestatem habebant, idcirco dicendum est, Justinianum loqui de illis legibus, quas Consules ferebant, popu-
12 lumque rogabant. Quemadmodum & in *novell.* 24. *in præfat.* eadem de re agens ait: Καὶ πολὺς νόμος ἐκ τῆς τῶν πραιτώρων ἐξεχέθη φωνῆς, *& multæ leges voce Prætoris ferebantur.* Et huc quoque referenda sunt illa verba *novell.* 26. ubi Prætorem Legislatorem appellat. Ferebat enim Legem Prætor, & ideo Legislator dici potest, ut initio diximus. Cic. *orat.* 4. *in Catilin. Ipsum Latorem legis Semproniæ jussu populi pœnas Reip. dependisse. Ad Attic. lib.* 1. *epist.* 11. *Piso autem Consul, lator rogationis, idem erat dissuasor.* Prætor νομοθέτης *nomotheta* appellatur a Justiniano. Nomothetæ a Græcis dicebantur etiam illi, qui legem condere non po-
13 terant. Pollux: Νομοθέται δὲ εἶσαν χίλιοι, οἷς ἐξῆν λῦσαι παλαιὸν νόμον, ἀλλ' οὐ θεῖναι νέον: τὰς γὰρ νέας ἐδοκίμαζεν ἡ βουλὴ, καὶ ὁ δῆμος, καὶ τὰ δικαστήρια. *Nomothetæ erant mille, quibus veterem legem tollere licebat, non autem novam condere: novas enim leges probabat Senatus, populus, & Magistratus.* Et Ulpian. *in* 3. *Olynthiac.* duo genera nomothetarum recenset, alterum eorum, qui novas leges ferebant, alterum eorum, qui cognoscebant, an ullæ essent leges inter se contrariæ, ut ea de re ad populum referretur.

Atque hæc nomina, etiamsi minus convenirent Prætoribus, tamen apud Justinianum toleranda essent, qui minus accurate plerumque loquitur, & qui
etiam Jurisconsultos Legislatores appel- 14
lat. *l.* 2. §. *ne autem incognitum & l.* 3. §. *sed & hoc optimum C. de veter. jur. enucl.*

Postremo pro Historici auctoritate pugnare videtur Theophilus, qui ait datum fuisse jus legis ferendæ præcipue Prætori urbano, & peregrino, & Ædilibus curulibus, idque jus honorarium dictum.

Sed confundit Theophilus jus legis 15
ferendæ cum potestate edicendi. Legem ferre poterat Prætor, non Ædiles. Edictum proponebat non solum Prætor, sed etiam Ædiles. Jus honorarium non componebant leges, a Prætore latæ: nam hæ erant leges Populi, non jus Prætorium, aut honorarium, jus honorarium constabat edictis, tum Prætoriis, tum Ædilitiis. §. *Prætorum quoque Instit. tit. de jur. nat. gent. & civ.* Utrumque confudit Teophilus, &, cum sciret Prætorem habuisse jus ferendæ legis, hoc jus accommodavit edictis, cum sit valde diversum. Nisi dicamus, eum leges vocasse edicta: nam & Censorum edicta leges Censoriæ dicebantur. Cic. 3. *de divin. & 1. in Verr. & in orat. pro Cluent.*

Jam vero videamus, an Prætor posset legem condere per posterius. Oc-

currit hic amphibolia in illis verbis, *per posterius*. Si quærimus, an Prætor posset legem condere accedente populi approbatione, hoc est, legem ad populum ferre; nulla controversia est, ut initio exposuimus. Sed tunc a populo, non a Prætore erat legis auctoritas.

Si vero quærimus, an edicta Prætoris vim legis haberent, populo approbante, inutilis prope quæstio est. Numquam enim id factum legimus; nisi quis huc referat edictum Gratidiani Prætoris, de quo modo disseruimus.
16 Cic. *in action.* 3. *in Verr.* ait, eos, qui plurimum tribuebant edicto, ipsum dixisse legem annuam. Et rursus: *Si finem edicto afferunt calendæ Januariæ, cur non initium quoque edicti nascitur a calendis Januariis? an in eum annum progredi nemo poterit, quo Prætor alius futurus est; in illum, quo Prætor alius fuit, regredietur?* Edictum igitur Prætoris unius anni finibus circumscribebatur, & ideo constat ipsum non populi auctoritate, sed solius Prætoris an-
17 nui Magistratus innixum fuisse. Exemplum ab Atheniensibus. Demosthen. *in oration. adversus Aristocrat.* Ὁ νόμος δὲ ἐπέτεια κελεύει τὰ τῆς βουλῆς εἶναι ψηφίσματα. *Lex jubet Senatusconsulta annua esse*. Tamdiu enim præerat Senatus Quingentorum. Ulpian. ad hunc locum. Ἀλλ' ἃ μὲν ἡ βουλὴ ἐκύρου χωρὶς τοῦ δήμου, ἕως ἦρχεν, ἐπεκράτει, καὶ ἦν ὄντως ἐπέτεια. Τὰ δὲ ὑπὸ τοῦ δήμου γιγνόμενα, καὶ πλείονα ἔμενε χρόνον. *Quæ a Senatu sine populo, decreta erant, vim obtinebant quamdiu Senatus Reip. præerat, & erant revera annua: quæ vero a populo fiebant, longius tempus durabant.*

Verumtamen cum edicta Prætorum æquitate niterentur, quam semper præ oculis in edicendo Prætores habebant, novi Prætores nihil omnino, aut admodum pauca de vetere edicto mutabant, & corrigebant. Quo fiebat, ut, cum quædam, imo pleraque in omnibus edictis diu proposita fuissent, vetustate invalescerent, & vim consuetudinis obtinerent. Cic. *de invent. lib.* 2.
In ea autem (consuetudine) *jura sunt* 18
quædam ipsa jam certa propter vetustatem: quo in genere & alia sunt multa, & eorum multo maxima pars, quæ Prætores edicere consueverunt. Et hoc dicebatur edictum translatitium, quia semper de vetere in novum edictum transferebantur, Cicer. *lib.* 1. *in Verr. Posteaquam jus prætorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus. Quare hoc sit æquissimum, facile est docere: sed in re tam usitata satis est ostendere, omnes antea jus ita dixisse, & hoc vetus edictum, translatitiumque esse. Et lib.* 5. *ad Attic. ep.* 21. *Interim cum ego in edicto translatitio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo anniversario. Et lib.* 6. *epist.* 1. *de reliquo jure dicundo* ἄγραφον *reliqui. Dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accomodaturum*. Certa enim erant, & usitata edicta de judicibus dandis, de actionibus, de exceptionibus, & hujus generis reliquis.

Multi tamen, & inter eos quidam viri docti, putant lege Cornelia, lata a Cornelio Balbo, Tribuno plebis, ademptam fuisse Prætoribus potestatem mutandi, & corrigendi vetus edictum. Ex eo tempore fuisse semper unum, idemque edictum omnium Prætorum; & cum perpetuum esset, & immutabile, vim legis obtinuisse. Lata fuit hæc lex Acilio, & Pisone Coss. anno urbis 687. Sed falluntur meo judicio. Res autem ita se habet.

Improbi, atque ambitiosi Prætores vel ad cogendam pecuniam, vel ad captandam gratiam primum non omnia edicto complectebantur, ut possent pro arbitrio jus dicere, & novum edictum proponere. Præterea aliquando non observabant edictum propositum, & aliter, atque ut edixerant, decernebant. Hæc omnia

omnia reprehendit M. Tullius in Verre. *lib.* 1. *in Verr. Appellat hæredem L. Anneum, qui erat institutus secundum filiam, dicit, se posse ei condonare edicto hæreditatem*. Et rursus: *Nam quæso redite in memoriam, judices, quæ libido istius in jure dicendo fuerit, quæ varietas decretorum, quæ nundinatio, quam inanes domus eorum omnium, qui de jure Civili consuli solent*. Et iterum: *Tum vero in Magistratu contra illud edictum suum sine ulla religione decernebat. Itaque L. Piso multos Codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit: quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset.*

20Nota hic alterum Prætorem intereedere potuisse, & occurrere iniquitati Prætoris Urbani. Ascon. *in* 3. *Verrin.* 101. *Nam ex ipso negotio videtur edixisse Verres, ut omnis libertus non Patrono tantum, sed Patroni filiæ sextam relinquat hæreditatis*.

Hanc edictorum iniquitatem, & improbitatem Prætorum plebiscito Cornelius Balbus compressit, de quo Dio Cass. *lib.* 36. *Prætores quomodo jus dicturi essent, conscriptum in albo proponebant, sed neque omnia comprehendebant, quæ ad contractus pertinent; neque id semel faciebant; neque ea, quæ scripta proposuerant, observabant: atque id plerumque, ut usu venire solet, in gratiam, vel odium alicujus faciebant. Igitur rogationem tulit, ut statim suscepto magistratu edicerent, quomodo jus dicturi essent, neque ab his, quæ edixissent, rece-*
21*derent*. Non prohibetur hac lege Prætor suum edictum proponere: sed cogitur proponere initio magistratus, & prohibetur ab edicto proposito recedere, ipsumque mutare. Ascon. Pedian. *in argumento orat. pro Cornel. de Majest. Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis, tulit, ut Prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent: quæ res tum gratiam ambitiosis Prætoribus, qui varie jus dicere solebant, sustulit*. Jus dicere coegit ex edictis suis, nempe ex edictis, quæ ipsi initio Magistratus proposuissent: idque ad præcludendam viam ambitiosis Prætoribus jus varie dicendi. Igitur hæc lex sustulit eam variationem, ac nundinationem decretorum, quam loco modo laudato M. Tullius acriter insectatur. Itaque idem Cicero, cum non multis post hanc legem latam annis in Cilicia Proconf. esset, de se ipso narrat Attico *ep.* 21. *lib.* 5. *Interim cum ego in edicto translatitio centesimas me observaturum haberem, cum anatocismo anniversario, ille ex syngrapha postulabat quaternas. Quid ais, inquam, possumne contra meum edictum? & lib. 6. epist. 1. Metui, si impetrasset, ne tu ipse me amare desineres: nam ab edicto meo recessissem*. Animadvertendum, quod semper suum edictum dicit: erat enim a se propositum, a quo tamen recedere non poterat. Etenim lex Cornelia non prohibebat proprium edictum proponere, & a vetere edicto recedere, sed recedere a proprio edicto.

Itaque Cicero in edicto hoc suo in quibusdam recesserat ab edicto Bibuli, multaque mutuatus erat ab edicto Asiatico Q. Mutii Scævolæ, ut ipse testatur eadem *epistola prima lib. 6.* Plin. *epist. ult. lib.* 5. refert, Nepotem edictum proposuisse, quo admonebat accusatores, admonebat reos, executurum se, quæ Senatusconsulto continerentur, & edicto subjecisse Senatusconsultum hoc: *Omnes, quicquid negotii haberent, jurare* 22
prius, quam agerent, jubebantur, nihil se ob advocationem cuiquam dedisse, promisisse, cavisse. Hoc senatusconsultum in usu non erat, ut testatur idem Plinius in fine *Epistolæ*, Nepos tamen se ita jus dicturum edixit. Et cum a multis hoc edictum carperetur, nemo tamen objecit, eum non potuisse vetera edicta mutare, & novum edictum proponere. Id. Plin. *Interim tota civi-*

tate

tate Nepotis edictum carpitur, laudatur. Multi: invenimus, qui curva corrigeret. Quid? ante hunc Prætores non fuerunt? Quis autem hic est, qui emendet publicos mores? Alii contra: rectissime fecit, initurus magistratum jura cognovit; Senatusconsulta legit; reprimit fœdissimas pactiones; rem pulcherrimam venire non patitur. Nemo objicit legem Corneliam.
23 Nimirum contra legem Corneliam non erat. Edictum quoque, de quo in *l. Si quis in gravi §. quod ad causam ff. de SC. Sillan.* fuit propositum post legem Corneliam, cum fuerit posterius Senatusconsulto, quod Augusto imperante factum est an. 762. Nisi quis credat id a Salvio Juliano additum edicto perpetuo. Aliud occurrit *in l. 1. §. ait Prætor. ff. de postul.* Aliud edictum Provinciale in *l. Divus Hadrianus 6. ff. de custod. & exhib. reor.* Vide *l. 1. §. Si cui cautum ff. de extr. cogn.*

Salvianum quoque interdictum probabile est in edicto fuisse propositum a Salvio Juliano, cum Prætor fuit. Actio quoque furti manifesti in quadruplum
24 fortasse fuit a Prætore introducta post legem Corneliam. Nam cum eo tempore necterentur etiam debitores, verosimile non est, Prætorem misertum fuisse furum manifestorum, eosque ab ea pœna voluisse liberare, ut alias luculente demonstrabimus. Sunt & aliæ actiones Prætoriæ, quæ post legem Corneliam videntur inventæ, ut Publiciana, & aliæ, quarum nulla umquam mentio ante illam legem; de quibus alias agemus singulatim. Nunc ad rem redeamus.

25 Animadvertendum est etiam, quod multo ante legem Corneliam L. Æmilio Paulo & C. Licinio Crasso Coss. anno urbis 586. idem cautum fuerat Senatusconsulto, quod refert Doduwellus ad Spartian. *in Hadrian. Hora octava Senatus coactus est in Hostilia. SC. factum, Prætores ut suis edictis perpetuis jus dicerent.* Et tamen Carbonianum edictum posterius est hoc Senatusconsulto. Nam C. Carbo Prætorius fuit occisus Carbone & Mario Coss. anno Urb. 672. teste Vellejo Paterculo *lib. 2. 26. & 27.*

Imposuerunt plerisque verba Asconii: *ex edictis suis perpetuis.* Sed non dixit Asconius, lege cautum fuisse, ut edicta essent perpetua: sed ut jus dicerent ex suis edictis perpetuis. Alia enim edicta Prætorum erant perpetua: alia temporaria. Edicta perpetua erant annua. Dice- 26
bantur perpetua, non quoad tempus, sed quoad officium: perpetuo enim durabant durante officio, ac magistratu. Dicebantur perpetua, quia referebantur ad alia temporaria, quæ, prout res inciderat, unius tantum negotii causa proponebantur. Sic, cum olim, quoties crimen aliquod publica animadversione dignum fuisset perpetratum, crearetur a populo Quæstor parricidii, qui de eo crimine cognosceret, quando horum delictorum cognitio cœpit mandari Prætori, quæstiones perpetuæ sunt constitutæ: licet Præ- 27
tori non in perpetuum, sed in singulos annos mandaretur. Dicebatur autem perpetua quæstio constituta, quia Prætor, cui mandata erat ejusmodi cognitio, toto anno de omnibus ejus generis delictis cognoscebat, cum olim pro singulis delictis singuli Quæsitores crearentur. Eodem modo edicta perpetua dicebantur, quæ toto anno obtinebant, totamque rationem juris dicundi complectebantur: cum alia essent edicta, in quibus aliquid è re nata Prætores edicebant. Edicta distinguit in hæc duo genera Ulpian. in *l. Si quis id 7. ff. de jurisd. Si quis id, quod jurisdictionis perpetuæ causa, non quod, prout res incidit, in albo propositum erit, corruperit.*

Edictum perpetuum, seu perpetuæ jurisdictionis causa propositum, erat id, quod Prætor initio magistratus proponebat, in quo edicebat, quomodo jus di-

dicturus esset eo anno. Idcirco lege Cornelia ex eo jubebatur jus dicere, & ab eo recedere prohibebatur.

Edicta temporaria non ejusdem modi erant omnia. Erant edicta, quibus reus vocabatur, quæ nostri vulgo citationes appellant. *l. ad peremptorium cum*
28 *quinque ll. seqq. ff. de judic.* Erant edicta monitoria, objurgatoria, consolatoria, de quibus late *Brisson. de formul. lib. 3. in princ.* Erant & quædam edicta, quibus Prætor impendens aliquod periculum amovebat, &, ne aliquid fieret, prohibebat. Cic. *lib. 2. in Verr. Quod nisi Metellus hoc tam graviter egisset, atque illam rem imperio, edictoque prohibuisset, vestigium statuarum istius in tota Sicilia nullum esset relictum.* Valer. Max. *lib. 1. cap. 3. C. Cornelius Hispallus, Prætor Peregrinus, M. Popillio Lænate, Cn. Calpurnio Coss. edicto Chaldæos intra decimum diem abire ex urbe, atque ex Italia jussit.*

Constat igitur, edictum perpetuum non lege Cornelia factum fuisse, sed Senatusconsulto, Imperatoris Hadriani tempore, qui in eo digerendo Salvii Juliani JC. opera usus est. *l. dedit. §.*
29 *si vero postea C. de veter. jur. enucl. l. penult. C. de Condict. indeb. Eutrop. lib. 9. l. 2. §. sed quia in fin. C. eod.*

An autem hoc edictum, a Salvio Juliano compositum, vim legis haberet, ita ut dici posset, Prætores legem condidisse per posterius, non sine causa dubitari potest. Equidem, ut dicam, quod sentio, hic quoque in nominis amphiboliam incidimus. Nam si legis nomen in genere accipimus, ut significet quodcumque jus, quamcumque constitutionem legitime factam, jubentem aliquid, aut
30 vetantem, *l. legis virtus ff. de legib. & l. 1. & 2. ff. eod.* utique vim legis habebat. Erat enim olim Lex annua, ut ait Cicero: postquam factum fuit perpetuum, non amplius erat Lex annua, sed vere lex perpetua. Lex enim est, quæ scripto sancit, quod vult, aut jubendo, aut vetando, a delectu. *Cic. de legib. &* Senec. *lib. 4. de benefic. Legem dicimus justi, injustique regulam esse.* Hæc omnia conveniunt edicto perpetuo. Et in hac significatione legis nomen, etiam Senatusconsulta comprehendit, ut in *l. tutelas 7. in princ. ff. de cap. min. l. aut privatum 10. in princ. ff. ad SC. Turpill.* juncta *l. 2. §. 1. ff. de cust. & exhib. reor. & l. si res 49. de minor.* juncta *l. 1. ff. de reb. cor.* Simili autem oratione Adriani in Senatu fuit confirmatum Edictum perpetuum. *d. l. dedit §. si vero postea C. de veter. jur. enucl.*

Quod si legis nomen proprie accipiamus pro generali jussu populi, ut eam Capito definiebat, & Justin. *in §.* 31
Lex est Instit. tit. de jur. natur. quemadmodum nomen legis accipitur in *l. jus autem 7. ff. de justit. & jur. in l. juris gentium 7. ff. de legib. in l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. maj. l. 2. §. deinde cum esset ff. de origin. jur. l. 1. ff. ne quid in loc. public.* & passim; utique edictum Prætoris nec post confirmationem Adriani, nec post approbationem Justiniani lex est.

Imo etsi legis nomen accipimus pro ea sanctione, seu constitutione, quæ supremam habet potestatem vetandi, atque imperandi, quemadmodum fere semper usurpatur in jure nostro, Edictum Prætoris lex non est, neque vim legis habet. Itaque in jure nostro semper 32
edictum appellatur, non vero lex, nec legis nomine comprehenditur, nisi cum legem pro jure dicunt. Nam Adrianus quidem Edictum Prætoris de annuo perpertuum fecit, non tamen ejus naturam mutavit, aut vim auxit, aut quicquam roboris addidit.

Quamobrem Justinianus in hoc nostro §. *Prætorum Instit. tit. de jur. nat. gent. & civ. ait: Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctorita-*

tatem. Recte: non enim edicta Prætorum obtinent supremam illam auctoritatem, quam leges, & constitutiones Principum, de quibus antea egerat, sed multo minorem. Et hoc etiam tempore ipsius Justiniani post Pandectarum compositionem. *Obtinent*, inquit: non agit de tempore veterum Prætorum; sed de suo. Quid ita? *Quia Magistratus huic juri auctoritatem dederunt*, ut ait paulo infra. Retinent igitur eamdem auctoritatem, quam ipsis dederunt Magistratus, & ideo non modicam; non tamen summam, ac maximam.

Exemplis id clarius ostendam. Prætor non poterat hæredem facere: per legem enim solum, vel similem juris constitutionem hæredes fiunt, *§. quos autem Instit. tit. de bonor. poss.* Sine suprema legis auctoritate nobis hæreditas obvenire non potest, sive ab intestato, sive ex testamento. *l. verbis legis. l. lege obvenire ff. de V. S.* Itaque Prætor dabat bonorum possessionem iis, quos ad successionem vocabat. *d. §. quos au-*
33 *tem*. An post Adrianum, vel post Justinianum ex edicto Prætorum deferri cœpit hæreditas? Minime vero. Etiam post Imperatores laudatos nihil aliud ex edicto defertur, quam bonorum possessio. Quid ita? Quia non mutarunt naturam edicti, nec majorem auctoritatem ipsi dederunt. Sustulit quidem Justinianus quasdam bonorum possessiones, tamquam inutiles, reliquas tamen, quas confirmavit, non mutavit in hæreditatem, sed & hodie manent bonorum possessiones, ut constat ex toto *tit. Instit. de bonor. possess. & ex toto lib. 37. & 38. Pandectarum, & ex lib. 6. Cod. a tit. 10. ad 20.*

Prætor obligationem jure civili recte contractam, ipso jure tollere non poterat, ne contra leges faceret, sicut nec ullus alius magistratus: *l. formam. 2. C. de off. Præf. Prætor. Orient.* & ideo dabat exceptionem ad elidendam actionem, si quando aliquam obligationem improbabat: & is, cui dabat exceptionem, ipso jure erat obligatus. *tot. tit. Instit. de exception.* Atque id 34
etiam hodie obtinet: nam obligatio, a Prætore improbata, non est ipso jure nulla, sicut ipso jure nulla est obligatio, quæ a legibus improbatur, sicut pro infectis habentur ea omnia, quæ lege prohibente fiunt; *l. non dubium C. de legib.* sed hodie etiam, quemadmodum olim, ad infringendam & enervandam obligationem opus est exceptione. *d. tit. Instit. de except. & toto tit. ff. & C. de except.* Igitur nec hodie edictum Prætoris habet eamdem vim, quam lex. Imo nec prius pactum per pactum posterius eliditur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem: *l. si unus 27. §. pactus ff. de pact.* quia stipulatio legis auctoritate nititur; pactum vero auctoritate prætoria. *l. juris gentium 7. §. ait prætor. ff. de pact.* Vide text. *in l. in honorariis 35. in princ. ff. de oblig. & action.*

Non excutiam longius, nec singulas partes juris Prætorii percurram, quas si quis velit singulatim, & accurate perpendere, intelliget, eamdem prorsus habere vim, quam Prætores ipsi tribuerunt. Et ratio est in promptu. Cum enim Justinianus non novum jus condiderit, sed veterum Jurisconsultorum sententias, ac præcepta collegerit, & in Pandectis digesserit, eisque tribuerit legis auctoritatem; veteres autem Jurisconsulti in edictis interpretandis tribuerint ipsis eam auctoritatem, quam a Prætoribus acceperant; utique eamdem quoque ipsis tribuit Justinianus, qui veterum Jurisconsultorum interpretationes confirmavit.

At enim Justinianus omnia, quæ in libros juris congessit, sua esse voluit, quasi leges a se conditas, ac promulgatas. *l. 1. §. sed in hoc studium l. 2. §. ne autem in fin. C. de vet. jur. enucl.*

Re-

Respondetur, id esse verissimum, quoad vim derogandi omnibus aliis le-
35 gibus. Has enim solas voluit observari Justinianus, & omnes pariter eodem modo, perinde ac si essent omnium postremæ constitutiones, & ab ipso conditæ omnes eodem tempore, videlicet tunc, cum eas colligit. *d. l. 2. §. hæc autem omnia; & l. 3. §. tanta C. eod.* Non tamen id pertinet ad vim disponendi, & producendi effectus, quam non mutavit Imperator noster. Sua fecit omnia, sed tamen voluit singulas juris partes propriam habere naturam, quam initio habuerunt; &, cum nollet ex integro novum jus condere, ex veteri jure quædam sustulit, & abrogavit; quædam confirmavit, & ipsis tribuit eam auctoritatem, quam cujusque natura patiebatur.

CAPUT VII.

Ad §. Sunt autem Instit. tit. de bonor. possess. & ad l. ut liberis 17. C. de Collat.

SUMMARIUM.

I. Bonorum possessio contra tabulas est ex testamento. & 20.

II. Omnis successio, tum civilis, tum prætoria, aut ex testamento, aut ab intestato.

III. Tabulæ significant testamentum.

IV. Bonorum possessio contra tabulas non rescindit testamentum.

V. Nec impedit, quominus hæres in testamento scriptus adeat hæreditatem. & 15.

VI. Qui omissa bonorum possessione contra tabulas adit ab intestato, legata præstat, quemadmodum ille, qui adit omissa causa testamenti.

VII. Hæc bonorum possessio non impedit querelam inofficiosi.

VIII. Concurrit cum bonorum possessione secundum tabulas.

IX. Non admittit simul ad successionem exhæredatum.

X. Conservatur substitutio: & legata.

XI. Testamentum est supremum judicium defuncti.

XII. Excluso hærede scripto, & admisso altero non scripto, fit irritum testamentum.

XIII. Paria sunt non esse, & non esse legitime.

XIV. Prætor rescindit judicium defuncti, non testamentum: & ratio. n. 15.

XV. Non potest contra leges facere, nec subvertere actum a jure comprobatum.

XVI. Exempla proponuntur: & n. 17. 18. 19. 20.

XXI. Exhæredati ad hanc bonorum possessionem non admittuntur: & quare.

XXII. Explicatur l. ut liberis C. de collat. *& nn. seqq.*

XXIII. Collatio locum habet, sive ab intestato succedatur, sive per hanc bon. pos.

XXIV. In hac bonorum possessione Prætor servat ordinem, & divisionem juris civilis.

XXV. Intestatus quoad tutelam dicitur etiam, quia rite fecit testamentum.

XXVI. Minus proprie Prætor dicitur rescindere testamentum: & afferuntur varia exempla.

XXVII. Nullum dicitur, quod est sine effectu, etiamsi ipso jure subsistat.

XXVIII. Bonorum possessio contra tabulas comparatur querelæ inofficiosi solum quoad effectum collationis.

QUæ de bonorum possessione contra tabulas dicturi sumus, ea pertinent ad Prætoris auctoritatem, de qua disseruimus. Bonorum possessio contra tabulas recensetur inter bonorum possessiones ex testamento. *in §. sunt autem Instit. tit. de bonor. possess. & in §. sed eas Instit. tit. eod.* Et merito: est 1
enim bonorum possessio contra tabulas ex testamento, non ab intestato: & ideo semper in jure nostro separatur, ac distinguitur a successione ab intestato, ut in *l. 1. §. ita autem ff. unde liber. in l. 4. C. de collation.* Et cum omnis successio tum civilis, tum prætoria, sit vel ex testamento, vel ab intestato,
§. ult. Instit. tit. per quas person. cuiq. acquir. princ. tit. Instit. de bonor. possess. 2
si ab intestato non sit, sequitur ut sit ex testamento.

Verumtamen, quamvis hæc certa videantur, vix intelligi potest, qui fiat, ut ea bonorum possessio, quæ impugnat voluntatem, ac testamentum defuncti, nihilominus sit ex testamento. Videntur hæc inter se contraria esse: ex te-

3 ſtamento, & contra teſtamentum. Eſt con-
tra tabulas: ergo & contra teſtamentum:
tabularum enim nomen teſtamentum ſigni-
ficat. *l.* 1. §. *hoc interdictum ff. de tab.
exhib. l.* 1. §. 1. *ff. quemadm. teſtam. aper.
l.* 1. *ff. de bonor. poſſ. ſec. tab.* Juven. *Sat.* 2.

*Notum eſt, cur ſolo tabulas imple-
verit Iſter*
Liberto. ———————

Et *Satyr.* 6.

——————— *Mox decolor hæres
Impleret tabulas, numquam tibi ma-
ne videndus.*

Id. *Satyr.* 14.

*Corripies nimirum, & caſtigabis acerbo
Clamore: & poſt hæc tabulas mu-
tare parabis.*

Si eſt contra teſtamentum, ergo non
ex teſtamento.

Impugnat quidem bonorum poſſeſſio
contra tabulas teſtamentum, & volunta-
tem defuncti, & eſt contra teſtamen-
tum, non tamen ipſum teſtamentum re-
ſcindit, nec defunctum facit inteſtatum:
unde ab inteſtato ſuccedi non poteſt, & ſub-
4 ſiſtente teſtamento, non poteſt ſuccedi niſi
ex teſtamento. Reſcinditur quidem judi-
cium teſtantis, *l.* 1. *ff. de legat. præſtand.* non
tamen reſcinditur ipſum teſtamentum, quia
Prætor non quærit de jure teſtamenti, an
valeat, vel non valeat, ſed de jure ejus,
qui petit bonorum poſſeſſionem; *l. filio*
16. *in fin. ff. de inoff. teſtam.* & dat qui-
dem bonorum poſſeſſionem contra vo-
luntatem defuncti, a qua recedit. *l. ſed
cum patrono* 6. §. 1. *ff. de bon. poſſ.* te-
ſtamentum autem illæſum, intactumque
5 relinquit, nec impedit, quo minus in
eo teſtamento ſcriptus hæres adeat hæ-
reditatem. *l. is qui in poteſtate* §. *ſed
ſi ſcriptis ff. de legat. præſt.*

Hinc autem multi oriuntur effectus.
Primus eſt, quod, ſicut ille, qui omiſ-
ſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato adit
hæreditatem, cogitur legata præſtare,
perinde ac ſi hæres eſſet ex teſtamento,
6 *l.* 1. *ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ita &,
qui omiſſa bonorum poſſeſſione contra
tabulas ab inteſtato poſſidet hæredita-
tem, legata præſtat, quæ præſtaret ac-
cepta hac bonorum poſſeſſione. *l. quis
autem* 6. §. *hoc edictum ff. eod.*

Alter, quod, ſi pater defuncti acce- 7
perit bonorum poſſeſſionem contra ta-
bulas, filia a defuncto exhæredata po-
teſt agere querela inofficioſi teſtamenti:
l. filio 16. §. 1. *ff. de inoff. teſt.* qua age-
re non poſſet, ſi per bonorum poſſeſſio-
nem reſciſſum fuiſſet teſtamentum: tum
quia filia ſuccederet ab inteſtato, &
ideo ei non competeret querela; §. *tam
autem Inſtit. tit. de inoff. teſtam.* tum
quia querela teſtamentum reſcindit, at-
que ſubvertit. *l. Papinianus* §. *ſi ex
cauſa l. in repudiantis ff. de inoff. te-
ſtam.* non poſſet autem reſcindi teſta-
mentum, ſi jam fuiſſet reſciſſum per
bonorum poſſeſſionem. *l. nam etſi* 5.
verſ. puto igitur ff. de injuſt. nup.

Tertius, quod bonorum poſſeſſio con-
tra tabulas poteſt concurrere cum bono-
rum poſſeſſione ſecundum tabulas. *l. ſed* 8
cum patrono 6. *ff. de bonor. poſſ.* utra-
que enim eſt ex teſtamento.

Quartus ſecundo ſimilis eſt: ſi alter
ex filiis ſit præteritus, alter exhæreda-
tus, & præteritus accipiat bonorum poſ-
ſeſſionem contra tabulas, nihilominus
non admittitur ad ſucceſſionem exhære-
datus. *l. ſi poſt mortem* 10. §. *exhære-* 9
dati ff. de bonor. poſſ. contr. tab. atqui ad-
mitteretur, ſi per bonorum poſſeſſionem
contra tabulas everteretur teſtamentum,
& defunctus fieret inteſtatus. *l. filium*
20. *in princ. ff. eod.*

Quintus, quod, licet Prætor recedat
a voluntate teſtatoris quoad inſtitutio-
nem, tamen & exceptis perſonis legata
conſervat; *l.* 1. *& toto tit. ff. de legat.* 10
præſt. & ſuſtinetur ſubſtitutio pupilla-
ris, & omnia legata a ſubſtituto data:
l. ex duobus 34. §. *ult. ff. de vulg.* quæ
in irritum omnia reciderent, ſi teſta-
mentum everteretur. *l.* 2. *verſ. nam ſi
prin-*

principale ff. de vulg. l. si patroni 55. §. *qui fideicommissum ff. ad SC. Trebell.* §. 1. *Inst. de hered. quae ab intest.*

Sed hic in scopulum impingimus, quem interpretes nostri declinantes praetervehuntur. Si Praetor defuncti judicium rescindit, *l.* 1. *ff. de leg. praest.* rescindit etiam testamentum. Quid enim est testamentum, nisi voluntatis nostrae
11 justa sententia? *l.* 1. *ff. qui testam. fac. poss.* Quid, nisi supremum defuncti judicium? *l. vel negare ff. testam. quemadm. aper. l. nec si mora* 5. *C. de quaestion. l. nec fideicommissa* 36. *ff. de legat.* 3. *l.* 1. *ff. de bonor. poss. ex testam. milit. l.* 1. *C. de collation. l. ex testamento* 5. *C. de testam. milit. l. non oportet* 5. *C. de his quib. ut indig. l. hi quibus* 7. *C. de fideicom. libert.*

Praeterea, si a Praetore haeres scriptus excluditur, & admittitur haeres non scriptus, fit irritum testamentum, &
12 defunctus intestatus decedit. *l.* 1. *in princ. ff. de suis, & legit. haeredib. princ. tit. Instit. de haeredit. quae ab int. defer.* Paria enim sunt aliquid non esse, & non es-
13 se legitime. *l. quoties* 6. *ff. qui satisd. cog. l.* 1. *ff. si quis in jus voc. non ier. l.* 1. §. *quod si nemo in fin. ff. quod cujusq. univers.*

Respond. quod quoties a jure civili rescinditur judicium testatoris, rescinditur etiam, atque evertitur testamentum: item, cum jure civili fit irritum testamentum haerede non adeunte, decedit intestatus, qui ejusmodi condidit
14 testamentum. At vero, cum Praetoris auctoritate judicium testantis rescinditur, non evertitur testamentum: potius enim Praetor a voluntate testatoris recedit, quam testamentum subvertat, de cujus jure non quaerit. *l. filio* 16. *in fin. ff. de inoff. testam.* Quamobrem, etsi haeredibus non adeuntibus corruat exhaeredatio, & exhaeredatus admittatur ab intestato; tamen filio petente bonorum possessionem contra tabulas, alter filius exhaeredatus non admittitur ab intestato, quia non infirmatur testamentum, & ideo sustinetur exhaeredatio. *l. filio* 20. *in princ. ff. de bonor. possess. contra tab.* Itaque Justinianus in *l. ult.* §. *sancimus C. de liber. praeter.* recte ait: *ut & ipsa, si fuerit praeterita, adinstar filii emancipati, vel sui, vel testamentum ipso jure evertat, vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur.* Suus, qui juris civilis praesidio munitus est, evertit ipso jure testamentum: emancipatus, qui solum ope Praetoria succedit, non evertit ipso jure testamentum, sed ipsum stare non patitur, hoc est, non patitur admitti haeredem scriptum in testamento, & locum habere voluntatem testatoris. Item in *l. si duo* 16. *ff. de legat. praest.* filius in potestate existens praeteritus, licet accipiat bonorum possessionem contra tabulas, tamen, quia etiam jure civili munitus est, ab intestato rem habere videtur, & legata non praestat. Contra frater ejus emancipatus, licet & ipsi communicetur bonorum possessionis auxilium, tamen legata praestat, quia ex testamento rem habere videtur, in quo fuerat institutus.

Ratio autem, cur Praetor non rescindit testamentum, ea est, quia nec po- 15
test rescindere, nec potest facere intestatum eum, qui recte & secundum praecepta legum testatus est. Testamenta enim a lege XII. tabul. sunt confirmata. *l. verbis legis, & l. lege obvenire ff. de V. S.* Praetor autem contra leges facere non potest. *l.* 1. §. 1. *ff. de fer. l. cum sponsus* §. *si res ff. de Public. in rem act.* Itaque, quod legis auctoritate munitum est, a Praetore subverti non potest: neque enim eam habet auctoritatem, ut vim legis possit infringere, sicut non potest legem condere. Quemadmodum igitur non potest haeredem facere, quia sola lex hanc potestatem habet, §. *quos autem Instit. tit. de bonor. possess.* ita non potest impe-

dire, quominus sit hæres ille, qui jure civili hæres existit. *l. cum quasi* 30. *§. sed etsi suus ff. de fideic. libert. l. & fine §. sed quod Papinianus ff. de minor. §. restituta Instit. de fideicommiss. hæredit.* Quapropter, cum dat bonorum possessionem contra tabulas præterito, non excludit hæredem institutum, qui recte adire potest hæreditatem. *l. is qui in potestate §. sed si scriptus ff. de legat. præst.* licet sine effectu sit aditio: Prætor enim potest indirecto effectum impedire, non potest directo impugnare, ac subvertere actum jure civili comprobatum.

Sed hoc accuratius explicare operæ pretium est. Non potest Prætor directo legem impugnare, & abrogare, aut subvertere id, quod a lege suit constitu-
16 tum. Potest tamen indirecto effectum a legis sanctione prodeuntem impedire. Exemplis id planius exponam. Non potest Prætor obligationem jure civili comprobatam tollere, nec impedire quominus contractus jure civili comprobatus civilem pariat obligationem: idcirco, cum æquitate suadente improbat aliquem contractum, non ipsum subvertit, non tollit ejus obligationem, sed effectum impedit dando exceptionem. Valet contractus: ex contractu nascitur civilis obligatio: parit actionem: sed vis actionis infringitur exceptione: *princ. tit. Inst. de except. & §. 1. & 2. & tot. tit.*

Prætor potest dare bonorum possessionem illis, qui a jure civili non vo-
17 cantur ad hæreditatem: *§. emancipati Instit. tit. de hæred. quæ ab int.* non potest tamen dare bonorum possessionem illis, qui a lege prohibentur capere hæreditatem. *l. non est ambigendum §. 1. ff. de bonor. poss.* Ita dat Prætor actionem Publicianam ad persequendam rem non usucaptam, perinde ac si usucapta esset, ad quam actio civilis non com-
18 petit: *§. namque si cui Instit. tit. de action. l. 1. ff. Publician.* non tamen eam dat, si res a jure prohibeatur alienari. *l. cum sponsus §. si res ff. de Public. in rem act.*

Prætor excludit eos, qui a jure civili vocantur ad hæreditatem, non tamen directo, declarando eos incapaces successionis, sed indirecto aliquem ipsis præferendo. Jus civile vocat agnatos ad 19
hæreditatem post suos hæredes. Ulpian. *Instit. cap. 26. l. 1. post suos & §. seq. & l. 2. ff. de suis, & legit. hæred.* Prætor non exclusit a successione agnatos, neque enim id efficere poterat; sed prætulit ipsis emancipatos. *§. emancipati Inst. tit. de hæred. quæ ab intest.* Itaque, si moriatur paterfamilias sine suis hæredibus relicto emancipato, jure civili succederent agnati. Non tollit Prætor hoc jus succedendi, quod habent a lege, sed ipsis præfert emancipatum, cui dat bonorum possessionem, perinde ac si esset in potestate: *d. §. emancipati*, quam ipsi non daret, si nominatim a lege fuisset exclusus. *l. non est ambigendum §. ult. ff. de bonor. possess.*

Eodem modo se res habet in successione testamentaria, de qua agimus, Testator rite condidit testamentum. Prætor non rescindit testamentum, quod legis auctoritate nititur; *l. verbis legis ff. de V. S.* non impedit, ne scriptus hæres adeat hæreditatem; *d. l. is qui in* 20
potestate §. sed si scriptus ff. de legat. præst. sed hæredi scripto præfert præteritum, dando ipsi bonorum possessionem. Et quia hæc bonorum possessio repugnat scripturæ testamenti, dicitur *contra tabulas*: est tamen ex testamento, quia non evertitur testamentum, licet non sit secundum testamentum. Atque ita directo non facit contra legem, comprobantem testamentum.

Imo nec directo Prætor impugnat, ac subvertit voluntatem testatoris, nam & ipsa legis auctoritate vallatur. Nam, si testator nominatim filium ab hæreditate excluserit, eum exhæredando, Prætor eum non admittit ad bonorum pos- 21
ses-

ſeſſionem : *l. non putavit* 8. *in princ. ff. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* ubi notandum eſt illud verbum, *remotos*. Exhæredati non admittuntur, quia ab hæreditate remoti ſunt a teſtatore, nec poſſunt admitti, niſi directo impugnetur, & ſubvertatur teſtatoris voluntas. Et ideo nec commiſſo per alios edicto admittuntur. *l. ſi poſt mortem* 10. §. *exhæredati ff. eod.* Cum vero admittit præteritum, non impugnat directo voluntatem, licet eo admiſſo excludatur inſtitutus, quia hoc fit in conſequentiam. Quemadmodum non facit contra legem Prætor, cum agnatis præfert emancipatos, licet hinc conſequatur, ut excludantur agnati, qui a lege vocabantur.

His explanatis viam ſtravimus ad intelligendam Leonis conſtitutionem in *l. ut liberis* 17. *C. de collat.* quæ adeo contraria eſt huic ſententiæ, ut nihil ſupra. *Ut liberis tam maſculini, quam fœminini ſexus quocumque jure inteſtatæ ſucceſſionis, id eſt, aut teſtamento penitus non condito, aut, ſi factum fuerit, contra tabulas bonorum poſſeſſione petita,*
22 *vel inofficioſi querela mota reſciſſo*. Tria ſunt in his verbis obſervanda. Primum, quod, qui accipit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, obtinet hæreditatem jure inteſtatæ ſucceſſionis. Præterea, quod petita bonorum poſſeſſione contra tabulas reſcinditur teſtamentum. Denique, quod hac in re bonorum poſſeſſio comparatur querelæ, qua vere teſtamentum reſcinditur, *l. teſtamentum* 24. *C. de inoffic. teſtam. l. filii* 16. *C. fam. erciſc. l. qui repudiantis ff. de inoffic. teſtam.* & fit defunctus inteſtatus. *l. poſthumus* 6. §. *ſi quis ex his perſonis ff. eod.*

Reſpondetur, quod quotieſcumque filii non ſuccedunt ex voluntate teſtatoris, qui poteſt partes inæquales facere, locum habet collatio, ut omnes conſequantur pares portiones ex bonis pater-
23 nis. Itaque ſicut collatio locum habet, cum ſucceditur ab inteſtato, ita locum habet, cum ſucceditur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas. *l. filiæ* 4. *C. de collat.* Imo collatio præcipue inducta eſt propter bonorum poſſeſſionem contra tabulas. *l. 1. in princ. ff. de collat.* Nam, qui accipit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non ſuccedit ſecundum voluntatem defuncti, ſed ex voluntate Prætoris, & ideo non debet plus obtinere ex bonis paternis, quam alii, qui vel a teſtatore, vel a jure civili vocantur ad hæreditatem. Quamobrem Prætor liberos ad hanc bonorum poſſeſſionem vocat, eo jure, eoque ordine, quo vocarentur ad ſucceſſionem jure civili, & diſtribuit ipſis eas portiones, 24
quas habituri eſſent ab inteſtato: *l. 1.* §. *vocantur autem l. non putavit* 8. *in fin. verſic. Prætori l. ſi in adoptionem* 11. §. 1. *ff. de bonor. poſſ. contr. tab. l. ult. in princ. ff. de legat. præſt.* Ad ſervandam autem hanc æqualitatem inter liberos, hanc collationem introduxit. Igitur, cum agitur de collatione, (ut in *d. l. ut liberis*) omnis ſucceſſio dicitur inteſtata, etiam quæ obtinetur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas: non, quia vere ſit ab inteſtato ; ab ea enim diſtinguitur ; ſed quia idem jus eſt, idem effectus, *l. filiæ* 4. *C. de collation.* Sic etiam, quoad tutelam dici- 25
tur inteſtatus etiam ille, qui vere inteſtatus non deceſſit. *l. inteſtato* 6. *ff. de legit. tutor.* §. *quod autem Inſt. tit. de legit. agn. tut.* Et Imperatorem Leonem *in d. l. ut liberis*, voluiſſe comprehendere omnes ſucceſſiones, in quibus obtinet collatio, ſive proprie, ſive improprie eſſent inteſtatæ, conſtat ex illis verbis generalibus: *quocumque jure inteſtatæ ſucceſſionis*.

Verbum autem, *reſciſſo*, proprie refertur ad querelam inofficioſi, cui ſubjectum eſt : minus proprie ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Eſt enim illud uſitatum, ut, quando verbum plu-

ra

ra debet comprehendere, & ad plura referri, sufficiat unum ex illis proprie comprehendere, etiamsi alia contineat minus proprie. Rescissum autem dicitur testamentum, quia Prætor ipsum stare
26 non patitur, *l. ult. §. sancimus. C. de liber. prater.* hoc est, non patitur observari quoad hæredis institutionem, cui præfert præteritum, quasi hic, non ille, fuisset institutus. Ita rescindere dicitur emancipationem Prætor, cum emancipatum admittit ad bonorum possessionem unde liberi, eumque præfert agnatis. *l. sed cum patrono 6. §. 1. ff. de bonor. possess.* Non potest Prætor rescindere emancipationem, quæ a lege XII. tabul. fuit inducta, ejusque auctoritate sustinetur: sed tamen dicitur rescindere spectato effectu: quia emancipatum admittit, perinde ac si non esset emancipatus. Sic rescindere usucapionem dicitur Prætor, cum dat actionem ad rem persequendam, perinde ac si non fuisset usucapta. *l. in honorariis 35. in princ. ff. de oblig. & act. §. rursus Instit. tit. de action.* Sic rescindi testamentum dicitur, cum hæres transgreditur voluntatem testatoris. *l. in tabulis 36. ff. de statu lib.*

Nimirum si verba referamus ad jus, non est rescissio: si ad effectum, rescissio est: quia idem consequitur effectus, qui per rescissionem consequeretur. Sic
27 nulla dicitur obligatio in *l. si dare 25. ff. de V. O.* quæ tamen dicitur jure subsistere, & efficax esse in *§. 1. Instit. tit. de except.* hic enim ad jus: illic ad effectum verba referuntur. Ad effectum quoque refertur verbum illud, *rescisso*, in nostra *l. ut liberis*, quia quoad inducendam collationem, perinde est, ac si
28 rescissum esset. Et quoad eumdem effectum comparatur ibi querela inofficiosi testamenti cum bonorum possessione contra tabulas, quia per utramque ita succeditur, ut fit necessaria collatio.

CAPUT VIII.

Ad l. Papinianus 8. in princ. ff. de inoff. testam.

SUMMARIUM.

I. Bonorum possessiones aliæ sunt cum re, aliæ sine re.
II. Bonorum possessio litis ordinandæ gratia est sine re.
III. Querela inofficiosi, nisi cum hæres institutus adivit hæreditatem.
IV. Bonorum possessio litis ordinandæ gratia non est necessaria liberis in potestate existentibus, sed emancipatis.
V. Per querelam inofficiosi testamenti suus hæres simul rescindit testamentum, & hæreditatem acquirit.
VI. Qua de causa suis hæredibus non sit necessaria bonorum possessio litis ordinandæ gratia.
VII. Filius agendo querela immiscet se hæreditati, nec potest postea abstinere.
VIII. Agnoscens bonorum possessionem, & agens querela inofficiosi pro hærede gerit.
IX. Implens conditionem non adit, & quare?
X. Emancipati post rescissum querela testamentum possent repudiare hæreditatem juxta quorumdam sententiam.
XI. Testamentum patris querela rescinditur, quasi pater non sanæ mentis fuerit, cum testatus est.
XII. Non debet esse in arbitrio cujusquam, ad quem velit deferri hæreditatem, sed contra, n. 13.
XIII. Emancipatus agendo querela agnoscit successionem.
XIV. Hæc bonorum possessio inventa est in commodum emancipatorum, ut querela agere possint.
XV. Emancipatus jure civili nihil juris habet in bonis paternis.
XVI. Pater filium emancipatum exhæredando, non facit ei injuriam secundum jus civile.
XVII. Bonorum possessio litis ordinandæ gratia reddit emancipatum capacem successionis, & querelæ inofficiosi.
XVIII. Emancipatus sine hac bonorum possessione non potest per querelam vindicare hæreditatem, in qua nullum jus habet.

Quoniam de bonorum possessionibus sermo est institutus, de bonorum pos-

possessione litis ordinandæ gratia pauca subjiciamus, de qua in *l. Papinianus* 8. *in princ. ff. de inoffic. testam.*

Præter illas bonorum possessiones cum re, quæ nobis jus tribuunt, & dominium omnium rerum hæreditariarum,
1 *l.* 1. 2. & 3. *ff. de bon. poss.* sunt quædam bonorum possessiones sine re, de quibus Ulpian. *in frag.* & Imperatores *in l. filiis matrem C. de inoff. testam.*

Inter has bonorum possessiones sine re, quæ jus non tribuunt, est illa, quæ datur acturis querela inofficiosi testamenti: *l. quamvis* 2. *C. eod. de inoff.* quæ dicitur bonorum possessio litis ordinan-
2 dæ gratia in *l. Papinianus* 8. *ff. de inoff. testam.* Est autem sine re, quia querela inofficiosi non datur, nisi hæres institutus adiverit hæreditatem. *d. l. Papinianus* §. *si conditioni vers. quoniam ff. eod.*
3 Itaque donec testamentum per querelam rescindatur, hæreditatem obtinet institutus, non, qui agit querela, aut ordinat litem inofficiosi testamenti, ut avocet hæreditatem ab instituto. *d. l.* 2. *de inoff. testam.*

Hæc bonorum possessio liberis in potestate existentibus necessaria non est.
4 *l. quemadmodum* 7. *ff. de inoff. testam.* Hinc a contrario argui posse videtur, eam bonorum possessionem liberis emancipatis esse necessariam. Quorsum detur hæc bonorum possessio, & qua de causa necessaria sit emancipatis, non suis hæredibus, est inter doctissimos homines magna dissensio. Rem obscurissimam, quantum potero, dilucide explicabo. Omittam autem, quæ hac in re fingit Accursius, atque ejus affeclæ, Græcorum fabulis simillima.

Suis hæredibus non est necessaria bonorum possessio hæc, quia, cum ipsi succedant ab intestato, per solam querelam inofficiosi, utrumque consequuntur, & ut rescindatur testamentum patris, & ut avocent hæreditatem a scriptis hæredibus. Nam querela inofficiosi testamenti est actio, qua simul rescinditur testamentum, & petitur, ac vindicatur hæreditas; *l. Papinianus* §. *quo-* 5
niam. l. eum qui §. *ult. l. si instituta* §. *de inofficioso ff. de inofficioso testam. l.* 3. *C. de petit. hæred.* vel qua rescisso testamento fit hæres ipso jure. *l. in suis* 14. *ff. de suis & legit. hæred.* Uno verbo: eadem de causa, qua ipsis necessaria non 6
est aditio, *l. quemadmodum ff. de inoff. testam.* necessaria quoque non est hæc bonorum possessio.

Non potest admitti communis sententia, qua statuitur, filium exhæredatum etiam post rescissum testamentum posse abstinere, nec agendo querela se immiscere hæreditati, *argum. text. in l. Anti-* 7
stius 62. *ff. de acqu. hæredit.*

Etenim, qui testamentum accusat, hoc ipso videtur agnovisse successionem: *l. cum quidam ff. de bonor. poss.* quia ideo accusat, ut jus suum sibi servet; *d. l. cum quidam*. & ideo semper accusat, tamquam hæres: quamobrem agnoscit successionem. *d. l. Antistius*. Nam, qui implet conditionem, potest eam implere etiam alia de causa, vel fato: *l.* 2. *ff. de condit. & demonstr.* & ideo, ut ex conditionis implemento arguatur animus acquirendæ hæreditatis, qui omnino re- 8
quiritur in adeunda hæreditate, *l. si avia* 6. *C. de jur. delib.* §. *ult. Inst. de hæred. qual. & differ.* necesse est, ut impleat, tamquam hæres. *d. l. Antistius*. At accusatio testamenti vel falsi, vel inofficiosi natura sua includit animum acquirendi hæreditatem, non minus, quam pro hærede gestio. Et sicut pro hærede gerit, qui agnoscit, ac petit bonorum possessionem, *l. puberem* 12. *C. de jur. delib.* ita, qui accusat testamentum inofficiosum: cum accusando petat, ac vindicet hæreditatem.

Emancipatis autem quidam putant 9
necessariam esse hanc bonorum possessionem, ne post expugnatum patris testamentum repudient hæreditatem. Accepta

pta hac bonorum possessione, simul ac rescissum fuerit testamentum, obtinent hæreditatem: quia bonorum possessio, quæ pendente judicio erat sine re, finito judicio statim incipit esse cum re. At si eam non acceperint, erit in eorum arbitrio repudiare hæreditatem. At hoc ipsis non est permittendum.

10 Primum, quia testamentum rescinditur hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerit, quia contra officium pietatis testatus est: *l. 2. l. nam & his 3. in fin. l. Titia ff. de inoff. testam. l. patronus §. ult. ff. de legat.* 2. & ideo non est permittendum filio notam hanc patri inurere sine causa, si nolit hæreditatem adire.

Præterea, quia esset in potestate filii hæreditatem deferre hæredibus ab intestato, & adimere institutis: rescindendo enim testamentum excluderet institutos: & postea repudiando admitteret hæredes ab intestato. Hoc autem non
11 debet esse in cujusquam arbitrio. *§. at hi, versic. quod ideo Instit. tit. de hæred. qual. & differ.*

Negari non potest, dici hæc admodum probabiliter. Verumtamen, si nihil aliud obsisteret, non intelligo, cur emancipatus agendo querela, non agnoscat successionem, ita ut amplius repu-
12 diare non possit, *d. l. cum quidam*, ut modo dicebamus.

Præterea non est novum, ut querela inofficiosi non prosit ei, qui egit, sed hæredibus ab intestato, qui admittantur exclusis institutis propter testamentum
13 querela rescissum. *l. posthumus. §. si quis ex his personis ff. de inoff. testam.* Quod & in scriptis hæredibus aliquando evenit, ut sit venale eorum beneficium, & sit in eorum arbitrio aliquem vel excludere, vel admittere ad hæreditatem *l. filio, quem 20. in princ. ff. de bonor. poss. contr. tab.*

Nec illud est omittendum, quod Paulus in *l. quemadmodum 7. ff. de inoff.* videtur innuere, hanc bonorum posses-
sionem esse necessariam emancipatis, ut 14
possint agere querela: adeoque ad eorum commodum videtur inducta. Atqui esset ipsis incommoda, si tolleret ipsis ejusmodi facultatem repudiandi post rescissum testamentum.

Existimo igitur, hanc bonorum possessionem necessariam esse emancipatis, quia sine ea non possent admitti ad agendum querela inofficiosi. Primum enim querela inofficiosi est remedium civile, non prætorium, ad quod admitti non possent emancipati, qui jure civili nihil juris habent in bonis paternis. *§. emancipati Inst. tit. de hæred.* 15
quæ ab intest. Quorsum enim tentent rescindere patris testamentum, si ei non possunt succedere? *d. §. emancipati*. Cum jure civili sint incogniti, non debent ab eo admitti ad rescindendum testamentum: nam, etsi factum non fuisset testamentum, numquam successuri fuissent. Considerato jure civili nullam injuriam fecit filio emancipato parens, qui eum exhæredavit: & ideo nulla causa est, cur non debeamus ei consentire.
l. non est 4. ff. de inoff. testam. Nec 16
quicquam potest allegare emancipatus, cur exhæredari non debuerit, cum nihil juris habeat, *l. 3. ff. eod.* juncta *l. 4. §. si emancipatus vers. cum possit ff. de bon. poss. contr. tab.*

Prætor igitur, ut ipsum reddat successionis capacem, ac eum præparet ad agendum, & ut possit allegare, cur non debuerit exhæredari, & se injuria affectum ostendere, dat ei hanc bonorum possessionem, qua & jus succedendi consequitur, & rescinditur emancipatio, & 17
perinde habetur, ac si esset in potestate. *l. sed cum patronus 6. §. 1. ff. de bon. poss. d. §. emancipati Instit. tit. de hæredit. quæ ab int. vers. perinde*. Est enim hæc bonorum possessio litis ordinandæ gratia eadem, ac bonorum possessio unde liberi: sed pendente judicio est sine re; quemadmodum ea, quæ da-

tur

tur instituto sub conditione, quæ pendente conditione sine re est; existente conditione incipit esse cum re. *l.* 2. §. 1. *l. sub conditione* 5. *ff. de bonor. poss. sec. tab. l.* 3. §. *si sub ea conditione ff. de bonor. poss. contr. tab.* Etenim hæc quoque bonorum possessio pendet a conditione rescissionis testamenti.

Præterea, cum per querelam inofficiosi testamenti petatur, ac vindicetur,
18 & evincatur hæreditas, ut supra probavimus; quo jure emancipatus petat, ac vindicet hæreditatem, in qua nihil juris habet? Quo jure judex excludet institutum, eumque condemnabit ad restituendam hæreditatem ei, qui in ea nihil juris habet? Querela inofficiosi testamenti est actio contra jus civile, quod testamenta confirmavit. *l. verbis legis ff. de V. S.* Est autem moribus introducta, & paulatim cœpit admitti. Valer. Maximam. *lib.* 7. *cap.* 7. Hæc autem actio dari non poterat emancipatis, qui nihil juris habebant in hæreditatem patris, & ideo nullo colore poterant rescindere ejus testamentum. Prætor igitur, ut ipsi quoque admitterentur, & considerarentur tamquam sui hæredes, cœpit dare ipsis hanc bonorum possessionem, qua suis hæredibus pares efficiebat: *d.* §. *emancipati*: atque ita ipsis quoque cœpit hæc actio communicari. Cum igitur consuetudo admiserit emancipatos solum post acceptam hanc bonorum possessionem, necessaria erat emancipatis, qui non ipso jure sunt hæredes, ut sui, sed per bonorum possessionem.

CAPUT IX.

Ad l. ei qui se 12. ff. de acquir. vel om. hæred.

SUMMARIUM.

I. Sui hæredes sine ullo facto proprio, etiam ignorantes & inviti acquirunt hæreditatem ministerio legis. & 5. 8.

II. Prætor volentibus solum indulget beneficium abstinendi. & 36. & seqq.

III. Pro hæredibus habentur, quoad commoda, non quoad incommoda. Sed contra a n. 55. ad 59.

IV. Facta non finguntur, nec præsumuntur.

V. Filius ergo hæres.

VI. Qui dixit se hæredem, pro hærede gerit.

VII. Suus, qui dicit se hæredem non esse, probare debet se abstinuisse. & 41.

IX. Filius fit hæres eo ipso momento, quo pater moritur: & quæ sint effecta.

X. Retinet potius hæreditatem, quam acquirit.

XI. Fit hoc vi patriæ potestatis.

XII. Fit hæres etiam ignorans: explicatur multis exemplis.

XIII. Fit hæres etiam invitus, & hæreditati obligatur, & patrem obligat.

XIV. Fit hæres etiam sine aditione vel immixtione. & 15. 16. 17.

XVIII. Creditores, qui conveniunt filium, probare tantummodo tenentur, eum tempore mortis fuisse in potestate, & primum locum obtinuisse.

XIX. Hæres statim succedit in omne jus defuncti, & obligatur creditoribus hæreditariis.

XX. Suus hæres illis obligatur etiam sine tutoris & curatoris auctoritate & 57.

XXI. Immixtio in suo idem est, ac aditio in extraneo.

XXII. Hæreditas est successio in universum jus tam quoad commoda, quam quoad incommoda.

XXIII. Servus acquirit domino ignoranti, & invito, excepta hæreditate: & quare? & 51. 57.

XXIV. Creditores hæreditarii non tenentur probare immixtionem. & 25. & seqq. Patri filium supervixisse præsumitur.

XXVII. Refellitur sententia existimantium beneficium abstinendi filium tueri sine ullo ejus facto. & n. seqq.

XXVIII. Non potest Prætor efficere, ut non sit hæres ille, quem lex hæredem facit. & 33.

XXIX. Filius est hæres antequam abstineat, & etiam postea. & 38.

XXX. Lex non aufert jus hæredis ei, qui semel hæres fuit: declaratur exemplo.

XXXI. Filius manet hæres etiam postquam abstinuit: effectus hujus rei.

XXXII. Suus hæres, etiam postquam abstinuit, potest se immiscere.

XXXIII. Nec potuit, nec voluit Prætor per beneficium abstinendi tollere jus sui hæredis: sed solum eum non haberi loco hæredis, & quidem non in omnibus & 34.

XXXV. Beneficium abstinendi non obstat libertatibus, substituto puppillari, & transmissioni hæredisatis. & 52.

IGnoratio prætoriæ jurisdictionis, ejusque auctoritatis, quam in jure civili corrigendo, mitigandoque Prætor habebat, multos errores invexit in jurisprudentiam: idcirco ad ea explicanda, quæ sunt juris prætorii, non invitus aggredior. Sui hæredes ipso jure, sola 1
legis potestate, sine ullo facto proprio, etiam ignorantes, & inviti fiunt hæredes. §. *sui autem Instit. tit. de hæred. qual. & differ. l. in suis ff. de suis & legit. hæred. l. 1. §. qui sunt in potestate ff. si quis omis. caus. testam.* Prætor 2
tamen volentibus indulsit beneficium abstinendi, ut eos liberaret ab oneribus non sponte susceptis. *d. §. sui autem l. si filius 12. ff. de vulg. & pup. l. necessariis 57. ff. de acquir. vel omit. hæred. l. nam nec emancipatus 89. ff. de legat. 1.* Plerique interpretes, quorum sententia in foro recepta est, hoc ita acceperunt, ut sui hæredes ab oneribus liberi sint, etiam antequam abstineant, & beneficio 3
Prætoris utantur; & , licet in iis,

quæ

quæ ad eorum commodum pertinent,
pro hæredibus habeantur, tamen quoad
alia non sint hæredum loco, nec pos-
sint a creditoribus hæreditariis conveni-
ri. Adeoque, si suus hæres ab illis con-
veniatur, debent creditores probare, eum
bonis paternis se immiscuisse, alioquin
suus hæres erit absolvendus; quasi be-
neficium Prætoris tollat jura sui hære-
dis, eoque fruantur etiam antequam
ipsum amplexi fuerint. Hoc falsum esse
viderunt etiam nonnulli ex Pragmaticis,
præ ceteris docti, & emunctæ naris in-
terpretes. Nam, si suus hæres ipso ju-
re, & sine ullo facto proprio statim a
morte defuncti fit hæres etiam invitus;
& contra, si beneficio abstinendi non
gaudet, nisi de facto abstineat; utique
4 ipse probare debet, se abstinuisse: facta
enim nec finguntur, nec præsumuntur,
& probanda sunt ab allegante. *l. in bel-
lo §. facti ff. de capt. & postlim. l. adse-
veratio 10. C. de non numer. pecun.* Cre-
ditores, qui conveniunt suum hæredem,
allegant, eum esse hæredem. Fundatam
habent intentionem suam in legis dispo-
sitione, quæ ipsum facit hæredem sive
velit, sive nolit. *d. §. sui autem Inst.
tit. de hæredum qual. & differ.* Unde il-
5 lud Apostoli recte possunt usurpare: *fi-
lius, ergo hæres*. Si suus hæres contra
nihil allegaverit, non poterit effugere
condemnationem: cum enim a lege hæ-
res declaretur, non potest non declara-
ri etiam a judice, nisi velit contra le-
ges judicare: adeoque non poterit non
condemnari tamquam hæres. *l. cum de
lege 17. ff. de probat.* Quod si opponat
se non teneri, & non posse condemna-
ri propter Prætoris beneficium, proba-
re debet, se usum fuisse eo beneficio, &
a bonis paternis abstinuisse, & a se re-
movisse hæreditatem, quam legis mi-
nisterio consecutus erat. Itaque aut fa-
tetur, se hæredem esse, & tamquam hæ-
res erit condemnandus, quia hoc ipso
pro hærede gerit; *l. si filius 12. ff. de* 6
interr. action. aut negat, se hæredem es-
se, & docere debet, quomodo jam quæ-
sitam hæreditatem a se repulerit: quod
cum efficere non potuerit nisi abstinen-
do, utique docere debet, se abstinuisse
hæreditate paterna. Qui enim dicit, se 7
abstinuisse, utique id probare debet. *l.
2. l. quoties §. 1. l. in exceptionibus in
princ. ff. de probat.* Sed hæc expendenda
sunt accuratius, & argumentis nihil du-
bii relinquentibus demonstranda.

Ac primum illud certissimum est, 8
suum hæredem ipso jure fieri hæredem.
*§. sui autem Inst. tit. de hæred. qual. & dif-
fer. l. 1. §. qui sunt in potestate ff. Si quis
omis. caus. test. l. penult. §. longe ff. de
bon. libert.* Et quidem fit hæres statim,
nec ullum, nec minimum quidem mo-
mentum intercedit inter mortem patris,
& filii acquisitionem. *d. l. 1. §. qui sunt
in potestate.* Cujus acquisitionis factæ a 9
filio eo ipso momento, quo pater mo-
ritur, effectus scitu dignos habemus in
*l. si post mortem 68. §. 1. in l. quæsitum
91. §. præsenti ff. de legat. 1. l. Julianus
86. ff. de condit. & dem. l. si optio 13.
ff. de opt. legat.* Imo nec proprie acqui- 10
rit hæreditatem, sed eam retinet: *l. si
servum §. Prætor ff. de acquir. hæred. l. sed
si non alias 86. ff. de leg. 1. l. si filius
12. ff. de vulg. & pupil.* quia non tam
acquirit dominium rerum paternarum,
quam in eo continuatum dominium,
quod & vivo patre habere existimaba-
tur. *l. in suis ff. de liber. & posth.* Qua-
re dicitur suus hæres, quasi sibi ipsi
succedat, non patri: *l. scripto 7. ff. un-
de liberi*: quod elegantius a Græcis ex-
plicatur, qui eum vocant *αὐτοκληρονό-
μον*: hoc est, *sui ipsius hæredem*. Nec
dicitur hæres fieri per mortem patris,
sed existere: *l. si quis filius 7. §. 1. ff.
de acquir. hæred.* quod pariter Græci ele-
gantissime explicaot verbo *ἀναφαίνεσθαι*:
hoc est, *apparere*. Apparent enim hære-

 des,

des, & quodammodo emergunt, qui antea non apparebant, accipientes potius liberam bonorum administrationem, quam percipientes hæreditatem. *d. l. in suis* 11. *ff. de liber. posth.*

11 Illud etiam certissimum est, hanc acquisitionem, seu continuationem fieri vi patriæ potestatis: *l. conditioni* 5. *ff. de cond. & demonstr.* adeo ut ad hanc acquisitionem hoc tantummodo requiratur, ut sit in potestate, si quidem ab alio non præcedatur. Quamobrem nec scientia, nec voluntas, nec ullum aliud ejus factum desideratur, ut hæres existat.

12 Non requiritur scientia acquirentis: nam etiam ignorans hæres existit. §. *sui autem Inst. tit. de hæred. qual. & differ.* Itaque & furiosus hæreditatem acquirit, *l. furiosus* 63. *ff. de acquir. hæred.* & infans statim ac nascitur: *l. Lucius* 9. *ff. de jure fisci:* qui tamen nihil scit, nihil intelligit. *l.* 1. §. *furiosum ff. de oblig. & act.* §. *furiosus &* §. *sed quod diximus Inst. tit. de inut. stip.* Et, qui ignorat patrem suum decessisse, nihilominus ipso jure hæres ejus existit; *l. apud hostes* 8. *C. de suis, & legit. hæred. l. qui duos* 10. §. *cum in bello ff. de reb. dub.* & qui ignorat, quo jure ei delata sit hæreditas, & ex qua parte: *l. cum quidam* §. *suum & l. ventre præterito ff. de acquir. hæred.* quod secus est in extraneis. *l. qui hæreditatem* 19. *& l. hæres institutus* 32. *cum seqq. ff. de acquir. hæred.* Imo, etsi putet hæreditatem ad se non pertinere, tamen eam acquirit. *l. liber homo* §. *ult. ff. de stipul. servor.* Ipsi enim hæreditas acquiritur, sicut nobis acquiritur, quicquid servus noster acquirit. *l. de hæreditate* §. *filiusfamilias ff. de castrens. pecul.* Quare, etsi filius patri hæreditatem non acquirat sine ejus jussu, *l. qui in aliena* 6. *& l. si quis mihi* 25. *per tot. ff. de acquir. hæred.* tamen hanc hæreditatem ei acquirit etiam sine ejus jussu, & scientia *d. l. qui in aliena* §. *interdum ff. de acquir. hæred.* In hac enim acquisitione nulla ratio habetur scientiæ, cum omnia fiant necessitate legis.

Eadem de causa non requiritur voluntas ipsius acquirentis, cum hæc acquisitio sit necessaria: ac propterea etiam invitis acquiritur. *d.* §. *sui autem Inst. tit. de hæred. qual. & diff.* & ideo etiam infanti, & furioso acquiritur, *l. furiosus* 63. *ff. de acquir. hæred. l. Lucius* 9. *ff. de jur. fisc.* quorum nulla est voluntas.
l. furiosi ff. de reg. jur. Nec solum ac- 13
quirit invitus, sed invitus hæreditati obligatur; *l. lege Cornelia ff. de testam.* sed & invitum hæreditati patrem obligat, si in ea causa sit hæreditas, ut patri per filium acquiratur. *l. in aliena* 6. *in princ.* juncto §. *interdum ff. de acquir. hæred.*

Denique nullum factum aditionis, aut immixtionis requiritur: *l. in suis* 14.
ff. de suis & legit. quæ etsi nominet adi- 14
tionem, non immixtionem, tamen ratio, quam affert, convenit etiam immixtioni. Nam si ideo aditio non est necessaria, quia ipso jure heredes existunt; eadem de causa non erit necessaria immixtio. Nec immixtio differt ab aditione, nisi ratione personæ, a qua celebratur: nam, quæ in extraneis vocatur aditio, in suis dicitur immixtio. *l. cum bonis* 87. *ff. de acquir. hæred.*

Præterea constat ex iis, quæ hactenus demonstravimus, hæreditatem a suo
hærede etiam ignorante acquiri; imo & 15
ab eo, qui putat, hæreditatem ad se non pertinere. Atqui ignorans non miscet se hæreditati. *d. l. cum bonis* 87. *ff. de acquir. hæred.* Multo minus se autem miscet invitus: & tamen hic etiam acquirit.

Denique suus hæres acquirit hæreditatem, sicut acquirimus per servos nostros. *l. de hæred.* §. *filiusfam. ff. de castrens. pecul.* Sed per servos nostros sine ullo facto nobis acquiritur, imo & no-
bis vetantibus. *l. servus vetante ff. de* 16
V. O.

V. O. l. numquam 31. §. *si servus ff. de usurp. & usucap. l. quemadmodum* 46. *ff. de jure dot. l. etiam invitis ff. de acquir. rer. dom.* §. *item vobis Instit. tit. per quas person. cuiq. acquir.*

Quo factum est, ut in *l.* 3. *C. de jure delib.* in extraneis quidem requiratur
17 aditio, in suo autem nihil desideretur.
Et *l.* 2. §. *si quis ex liberis ff. ad S. C. Tertull.* in posthumo extraneo requirit, ut agnoverit bonorum possessionem, antequam decesserit; in suo autem nihil aliud desiderat, quam ut suus agnoscatur. Hoc enim solum ei tribuit idem jus, quod extraneo petita bonorum possessio. Similis textus in *l. duos* 10. §. *cum in bello ff. de rebus dub.* ubi certo non poterat constare de immixtione filii, cum ignoraretur, ante ne, an post patrem decessisset; & tamen responsum fuit, eum hæreditatem patris acquisivisse, & ad hæredes transmisisse. Similis text. in *l. apud hostes C. de suis & legit. hæred.* in quo filia ignorabat patrem apud hostes decessisse, adeoque non poterat se miscere bonis paternis; *l. eum bonis ff. de acquir. hæred.* & tamen sua hæres extitit, & decedens quæsitam sine ulla immixtione hæreditatem transmisit ad hæredes. Similes sunt text. in *l. de hæreditate* §. *filiusfam. ff. de castrens. pec. in l. ex militari* 11. *& seqq. ff. de milit. testam.*

His probe constitutis, quæ in controversiam adduci non possunt, illud
18 necessario consequitur, creditores, qui conveniunt suum hæredem, hoc solum probare debere, eum conventum esse suum hæredem: hoc est, fuisse in potestate defuncti, & primum locum in successione obtinuisse: quæ duo tribuunt jus sui hæredis. Hoc enim probato sa-
19 tis fundarunt intentionem suam. Cum enim non possit esse suus hæres, quin ipso jure statim defuncti hæres existat, ut demonstravimus, & hæres statim succedat in omne jus defuncti, *l. hæres in omne ff. de acquir. hæred.* & eadem cum defuncto persona censeatur, *auth. de jurejur. in præfat.* utique tenetur respondere creditoribus hæreditariis, *l.* 2. *C. de hæred. vel act. vend.* & onera hæreditaria subire. *l. pacto* 26. *C. de pact.* Nec possunt adstringi creditores ad probandum quicquam aliud præter suitatem, cum hæc sola sufficiat ad constituendum ipsum hæredem etiam ignorantem, & invitum, eumdemque hæreditati obligandum, ut demonstravimus. An enim ab eis exigetur probatio scientiæ, aut voluntatis, aut alicujus facti; si haec ad acquirendam hæreditatem non sunt necessaria in suo hærede? Sustulit has omnes defensiones suo hæredi legis necessitas. Imo sustulit etiam pupillaris, aut minoris ætatis, aut furoris excusationem, quæ in nulla alia causa solet umquam deficere. Nam & pupillus hæ- 20
reditati obligatur sine tutoris auctoritate, & furiosus. *l. more* 8. *ff. de acquir. hæred. l. furiosus* 63. *ff. eod.* Nulla igitur defensio superest suo hæredi ad excludendos creditores.

At enim interpretes nostri exigunt, a creditoribus probationem immixtionis. Quo jure id exigant, ignoro. Certe hac ratione suum hæredem redigunt ad similitudinem hæredis extranei, cum idem sit immixtio in suo hærede, quod aditio in extraneo. *l. eum bonis ff. de ac-* 21
quir. hæred. Et sicut in extraneo exigunt probationem aditionis, ita exigunt probationem immixtionis in suo hærede. Itaque nullus superest effectus suitatis. Neque potest defendi suos hæredes quoad commoda tantum hæredes esse, antequam se immisceant; non quoad incommoda. Quis enim umquam audivit, hæreditatem non esse successionem in 22
universum jus contra *text. in l. hæredit.* 62. *ff. de reg. jur. & in l. hæres in omne ff. de acquir. hæred.* aut hæreditatem damna & incommoda non comprehendere? *l. hæreditatis ff. de V. S. l. si hæredi-*

ta-

23 *tatem ff. mandat. l. 1. ff. de bon. poss.* Adeo ut, licet servus etiam ignoranti, & invito domino acquirat; tamen ab hac regula nos recedere cogat natura hæreditatis, cui omnino repugnat, eam acquiri solum quoad commoda, non autem quoad incommoda: quapropter hæreditas nonnisi jubenti domino per servum acquiritur. *§. item vobis versic. sed si hæres Inst. tit. per quas person. cuique acquir. l. acquiritur* 10. *§.* 1. *versic. ideoque ff. de acquir. rer. dom. l. qui in aliena 6. in princ. & l. si quis mihi* 25. *§. jussum ff. de acquir. hæred.* Sed hac de re postmodum dicemus uberius: modo ad rem redeamus.

24 Contra veteres Jurisconsulti hanc probationem immixtionis numquam exegerunt. *l. qui duos* 10. *§. cum in bello ff. de reb. dub.* Pater & filius in acie simul mortui erant, puta in eodem prælio: & ignorabatur, quisnam prius mortuus esset. Concurrebant ad hæreditatem Agnati Patris, & Mater. Agnati Patris petebant ejus hæreditatem. Mater filii defuncti allegabat, Patris hæreditatem filio tamquam suo hæredi quæsitam fuisse, & ideo bona illa cum hæreditate filii ad se fuisse devoluta. Ad Matrem admittendam, & excludendos Agnatos duo erant necessaria: & ut Pater præmortuus esset filio, & ut filio fuisset acquisita Patris hæreditas ante mortem. Et filium quidem Patri supervixisse præsumendum esse, Divus Adrianus credidit. Non poterat tamen Mater probare immixtionem filii, quæ præsumi non poterat, cum ambo in eodem prælio cecidissent. Verumtamen cum ageretur de suo hærede, qui statim ipso jure etiam ignorans hæres existit, non exegit Jurisconsultus probationem immixtionis, & admisit Matrem ad hæreditatem, quæ utique excludenda esset, si probanda esset immixtio, quæ eo casu probari non poterat; imo erat omnino improbabilis, & inverisimilis. In *l. cum de hæreditate §. filiusfam. ff. de castr. pecul.* filius de castrensi peculio testamentum fecit, ignorabat Patrem, in cujus erat potestate, decessisse, atque ita mortuus est. Agnati Patris 25
vindicabant hæreditatem Patris ab intestato. Hæredes scripti in testamento petebant eadem bona, tamquam filio jam quæsita, & ad se delata cum ejus hæreditate. Non poterant hi probare immixtionem filii, quia non poterat se miscuisse bonis paternis, cum ignoraret Patrem decessisse. Nihilominus tamen JC. eos admittit ad hæreditatem filii simul & patris. In *l.* 2. *§. si quis ex liberis ff. ad S. C. Tertull.* missus 26
fuit venter in possessionem, mox natus est posthumus, & decessit ante petitam bonorum possessionem. Quæsitum fuit, an Matrem exclusisset. Distinguit: si suus hæres agnoscitur, excludit: sin minus, non excludit. Non supponitur hic immixtio: nam si se miscuisset, utroque casu Matrem excluderet.

Sublatis hisce defensionibus superest tantummodo filio beneficium abstinendi, quo se tueri possit a creditoribus, a quibus tamquam suus hæres convenitur. Atque hoc beneficio satis tutum esse filium existimant, quia, cum sit a jure introductum, etiam sine ullo facto hominis operatur, & producit effectum. Sed hic in tres gravissimos errores in- 27
currunt. Primo, quia beneficium hoc abstinendi, non a lege fuit introductum, quæ ipso jure efficit, quod præcipit, sed a Prætore, qui non potuit tollere jura sui hæredis. Secundo, quia Prætor, etsi potuisset, noluit tamen tollere jura suorum hæredum, proponendo hujusmodi beneficium. Tertio, quia non proposuit hoc beneficium absolute, sed pollicitus est, se daturum illud tantummodo volentibus eo uti. Singillatim hæc omnia explicemus, & confirmemus.

Non potuit Prætor tollere jus sui hæredis, seu, ut nostri ajunt, suitatem.

Cum

Cum enim hoc jus a legibus duodecim tabularum sit constitutum, §. *sui autem versic. necessarii Instit. tit. de hæred. qual. & differ.* non potest Prætor hoc jus tollere, cum non possit juri derogare. *l. 1. §. 1. ff. de feriis.* Et cum non possit
28 Prætor hæredem facere, §. *quos autem Instit. tit. de bonor. possess.* multo minus potest efficere, ut non sit hæres ille, quem ipsa lex hæredem facit. Itaque non solum hæres est filius, antequam abstinuerit, sed etiam postquam abstinuit, & usus est beneficio Prætoris,
29 tamen hæres manet; *l. cum quasi 30. §. sed etsi suus ff. de fideicom. libert.* & etiam, postquam abstinuit, tenetur creditoribus jure civili. *l. necessariis ff. de acquir. hæred.* Atque id evenit etiam in aliis remediis. *l. ait Prætor 7. §. sed quod*
30 *Papinianus ff. de minor.* Imo nec ipsa lex aufert jus hæredis ei, qui semel hæres extitit. Etenim lex Ælia Sentia tunc solum permittit servum, in fraudem creditorum hæredem institutum, liberum, & hæredem esse, cum nemo alius ex testamento hæres esse potest. *l. si is qui solvendo 57. ff. de hæred. instit.* Verumtamen, si prius servus hæres fuerit, & postea alius ex eo testamento hæres sit, non avocat hæreditatem a servo, nec desinit esse hæres, cum semel extiterit, ut in exemplo proposito in *l. ei qui solvendo 88. ff. de hæred. instit.*

Neque hoc est sine effectu. Primum enim, etiamsi filius abstinuerit hæreditate, tamen non corruit testamentum,
31 in quo fuit institutus, sicut corruit, alio hærede instituto repudiante. *princ. tit. Instit. de hæred. quæ ab int. defer.* Quamobrem & libertates eo testamento datæ debentur, *l. cum quasi §. sed etsi suus ff. de fideic. libert.* quæ non deberentur extraneo repudiante. *l. 1. C. de fideic. libert.* Et suo hærede abstinente nihilominus sustinetur & confirmatur substitutio pupillaris, *l. Julianus & l. quæsitum ff. de acquir. hær.* quæ evanescit non adita hæreditate. *l. 2. §. 1. ff. de vulg.* Præterea licet hæreditas, semel repudiata, amplius adiri non possit, *l. 4. C. de repud. hæred.* tamen suus hæres, etiam postquam abstinuit, potest 32
iterum suscipere hæreditatem, quia penitus hæres esse non desiit, *l. si quis suus ff. de jure delib. l. ult. C. de repud. hæred.* Imo & pro hærede gerendo, ac miscendo se bonis, etiam postquam abstinuit, hæres fit, nisi alio animo, alioque nomine, ac titulo attigerit bona hereditaria. *l. 1. & 2. C. de repud. hæred. l. pro hærede §. Papiniano ff. de acquir. hæred.*

Non potuit igitur Prætor tollere jus sui hæredis, nec efficere, ut suus hæres non esset, cum legis necessitate suus hæres esset. Solum potuit Prætor eum non habere hæredis loco; & sane hæredis loco non habet, postquam se 33
abstinuit. *l. si filius 12. ff. de interrog. action.*

Sed nec voluit Prætor tollere jus sui hæredis. Voluit quidem, eos non haberi hæredis loco, quantum attinet ad retinendam hæreditatem, & suscipienda 34
commoda, & incommoda hæreditaria: non tamen voluit, eos per omnia hæredis loco non esse. Quocirca noluit penitus abolere jus sui hæredis, etiamsi si quis admiserit, eum potuisse. Itaque & patitur, liberos esse servos, qui in testamento, in quo suus hæres fuit institutus, libertatem acceperunt: & eos utique pro liberis habet: nam sine ulla exceptione dicuntur libertatem consequi in *l. sciendum ff. de manu test.* 35
in l. cum quasi 30. §. sed etsi suus ff. de fideicom. libert. Nec repellit substitutum pupillarem. *l. si filius 12. ff. de vulg.* Nec impedit transmissionem hæreditatis, quæ fit a suo hærede etiam ignorante. *l. apud hostes C. de suis & legit. hæred.* Denique ea omnia, quæ supra a nobis exposita sunt de suo hærede, tradita fuerunt a veteribus Juri-

scon-

ſconſultis poſt introductum a Prætoribus abſtinendi beneficium ; ex quibus conſtat, quod hujuſmodi beneficium non tollit jura ſuorum hæredum : & quod ſalva manet ſuitas etiam poſt inventum beneficium abſtinendi.

Demum in hoc errant, quod putant, beneficium abſtinendi operari, & enervare vires ſuitatis, etiam antequam ſuus hæres abſtineat. Neque enim hoc Prætori propoſitum fuit eximere liberos ab hæreditate, etiam antequam abſtinerent. Fingamus igitur, Prætorem habuiſſe ſupremam poteſtatem omnino parem legi,
36 & potuiſſe convellere funditus, & penitus abolere jura ſuorum hæredum: tamen cum hoc non fecerit, ſed ſolum propoſuerit hoc beneficium abſtinere volentibus; non poteſt hujuſmodi beneficium quicquam operari, & vires ſuas exercere antequam ſuus hæres abſtinuerit: hoc eſt, voluerit hoc beneficio uti. Exemplo rem planius explicabo. Lex, quæ ſupremam habet poteſtatem, poteſt aliquem etiam invitum hæredem facere, ipſo jure, & ſine ullo ipſius facto. Et quidem hac poteſtate utitur in ſervis, & in ſuis hæredibus, quos facit hæredes neceſſarios, & in eos transfert hæreditatem etiam ignorantes, & invitos. §. 1. & 2. *Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ.* Contra vero in extraneis hac poteſtate non utitur, ſed ipſos volentes ad hæreditatem admittit, & dat ipſis jus deliberandi, & facultatem adeundi, vel repudiandi hæreditatem. §. *extraneis Inſtit. tit. eod.* Hi autem non acquirunt hæreditatem ipſo jure, & ſine facto proprio, ſed neceſſe eſt, ut eam adeant: §. *item extraneis Inſt. eod.* hoc eſt, neceſſe eſt, ut utantur facultate adeundi, quam ipſis lex conceſſit: nec ante conſequuntur aliquod jus, quam hæreditatem adjerint. *l. ſi juſſu* 44. *in fin. ff. de furt.*

Eadem ratione Prætor non dedit beneficium abſtinendi invitis; non eos ipſo jure liberavit; non ſuſtulit jura ſuorum hæredum: ſed dedit hoc beneficium volentibus: hoc eſt, dedit facultatem abſtinendi ab hæreditate ipſo jure quæſita, ſi voluerint ab ea abſtinere. Itaque licut hæres extraneus non gaudet commo- 37
do hæreditatis antequam adeat: ita nec ſuus hæres gaudet commodo hujus beneficii, antequam eo utatur: hoc eſt, antequam abſtineat. Itaque recte Ulpianus in *l.* 1. §. *qui ſunt in poteſtate ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* dixit: *Qui ſunt in poteſtate, ſtatim hæredes ſunt ex teſtamento, nec, quod abſtinere poſſint, quicquam facit.* Nimirum facultas abſtinendi non impedit quominus ſint hæredes antequam abſtineant; & quidem ſint hæredes pleno jure: nam hæredes ſine re manent etiam poſtquam abſtinuerunt. *l. cum quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus* 38
ff. de fideicom. libert. Beneficium enim abſtinendi nihil operatur, niſi volente ſuo hærede. Antequam is declaraverit ſuam voluntatem, perinde eſt, ac ſi hoc beneficium numquam fuiſſet introductum. Neque enim Prætor dedit ſuis hæredibus facultatem repudiandi hæreditatem, ſed beneficium abſtinendi. Beneficii nomen indicat, id non concedi niſi volentibus. *l. invito ff. de reg. jur.* Abſtinendi ver- 38
bum demonſtrat, id non concedi, niſi quæſita jam hæreditate. Abſtinere enim dicimur ab hæreditate jam acquiſita; *l.* 1. §. *ſi quis adita ff. ad SC. Tertull. l. jam dubitari* 86. §. *ult. ff. de hæred. inſtit. l. cum hæreditate* 55. & *l. pen. ff. de acquir. vel om. hæred.* repudiare autem hæreditatem jam delatam, ſed nondum quæſitam. *l.* 1. §. *decretalis ff. de ſucceſ. edict.*

Et ſane, quod Prætor ſolum volentibus hoc beneficium largiatur, tradidit Imperator noſter in §. *ſui autem Inſtit. tit. de hæred. qual. & differ.* ibi *ſed his Prætor permittit volentibus abſtinere hæreditate.* Non præcipit, ut abſtineant: non liberat eos ipſo jure ab oneribus hæreditariis: ſed ipſis *permittit*, ut ab-

ſti-

ftineant, & quidem permittit folum *vo-*
39*lentibus*. Itaque antequam velint, nullum effectum habere poteft hæc Prætoris permiffio. Qui permittit alicui ut faciat, nihil ei tribuit antequam fecerit. Tradiderat & ante ipfum Cajus in *l. neceſſariis ff. de acquir. vel omit. hæred.* ibi: *abſtinendi ſe ab hæreditate Proconſul poteſtatem facit, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure Civili teneantur, tamen in eos actio non detur, ſi velint derelin-*
40*quere hæreditatem*. Derelinquunt igitur hæreditatem, cum fe abftinent, atque id faciunt folummodo, fi velint. Si derelinquunt, ergo antequam eam derelinquerent, obtinebant. Et fi non datur in eos actio, cum dereliquerunt hæreditatem, antequam derelinquant, in eos a Prætore actio datur, & quidem efficax: nam & jure Civili tenentur, ut ait Cajus; & tenentur etiam jure Prætorio, quo in eos actionem dat, & pro hæredibus habet, antequam voluerint derelinquere hæreditatem: neque enim Prætor invitos removet ab hæreditate. *l. ſi Filius* 12. *ff. de vulg.* Antequam igitur voluerint derelinquere hæreditatem, non removet eos ab hæreditate: itaque pro hæredibus eos habet: & cum polliceatur, fe denegaturum actionem, cum voluerint eam derelinquere, utique non denegat actiones antequam velint hæreditatem derelinquere. Tenentur igitur creditoribus tam jure Civili, quam jure Prætorio, antequam fe abftineant: neque enim hoc cafu prodita eft a Prætore ulla exceptio, qua fe tueri poffint, antequam beneficio Prætoris utantur.

His illud etiam confequens eft, quod fui hæredes cogi debent ad probandam
41abftentionem. Etenim cum a Prætore eorum voluntas exigatur, hanc voluntatem ipfi probare debent. Sicut enim aditio, licet nuda voluntate fiat, §. *ult. Inſt. tit. de hæred. qual. & differ. l. ſi avia C. de jure deliber.* probanda eft ab eo, qui allegaverit quempiam hæredem effe, ut communiter fatentur omnes, quia facta probanda funt ab allegante, ut initio diximus: ita licet abftentio fieri poffit nuda voluntate, tamen probanda erit a fuo hærede, qui eam allegat, & per abftentionem contendit, fe effe liberatum a creditoribus, quibus jure Civili tenetur. *d. l. neceſſariis ff. de acquir. vel om. hæred.* Nam &, qui dicit, 42
probare debet, *l. 2. ff. de probat.* & hæc probatio ab eo exigitur etiam cum agitur de probanda voluntate. *l. 3. & l. cum qui ff. eod.*

Confirmatur, quia abftentio requirit factum amovendi, ac repellendi, feu derelinquendi hæreditatem. Cum enim hæreditas fit jam acquifita fuo hæredi, non poteft ab eo amitti fine aliquo facto, quo a fe abigat hæreditatem. *l. id quod noſtrum* 11. *ff. de reg. jur.* Quocirca qui dicit, fe nolle retinere hæreditatem, non tamen idcirco abftinet hæreditate, eamque amittit; fed neceffe eft, ut revera 43
abftineat, & derelinquat hæreditatem: adeoque, & qui dixit, fe nolle retinere hæreditatem, tamen poteft poftea abftinere; & fi quid poftea amoverit, amittit beneficium abftinendi. *l. ſi ſervum §. Prætor ff. de acquir. hæred.* Aliud enim eft dicere, fe nolle retinere hæreditatem, aliud eft re vera hæreditatem derelinquere. Cum igitur hujufmodi factum derelinquendi hæreditatem fit neceffarium, non poteft dubitari, fuum hæredem, qui hoc facto fe tuetur, ipfum probare debere. Suus hæres eft in poffeffione fuitatis, ex qua neceffario promanat hic effectus, ut fit hæres, qui effectus eft neceffario conjunctus cum fuitate. Quapropter fi dicit, fe non effe hæredem, nec teneri creditoribus hæreditariis, ipfe probare debet. Argumento text. *in l. circa ff. de probat.*

Item comprobatur, quia continuatio illa dominii in fuis hæredibus, de qua *in l. in ſuis ff. de liber. & poſt.* tolli non poteft, & ab ipfis avelli, nifi ali-

quo facto, & certa aliqua declaratio-
44 ne. Quare pater, licet haberet in liberos jus vitæ, & necis, *d. l. in suis*: licet haberet a lege XII. tab. plenissimam facultatem disponendi de rebus suis; *l. verbis legis ff. d. V. S.* tamen si filium prætereat in testamento, non valet testamentum. *l. si filius 7. l. Gallus*
45 *§. in omnibus l. inter cetera 30. ff. de lib. & post.* Non alia ratione, nisi quia priusquam dominium transferat in alium, debet illud a filio avocare, & filium expresse exhæredare, ut possit alium instituere. *l. 1. 2. & 3. ff. de lib. & post.* Filius igitur non potest hujusmodi dominium amittere, nisi facto aliquo ab eo adimatur, & avellatur, unde efficitur, ut hoc dominium non amittat ex sola potestate abstinendi: sed necessarium sit factum ipsum abstinendi. Hoc autem factum utique probandum est ab ipso, qui in eo fundat defensionem suam.

Denique duo sunt actus contrarii, qui fieri possunt a suo hærede: immixtio, & abstentio. Utraque desiderat voluntatem
46 sui hæredis. Non se immiscet suus hæres, nisi habeat animum se immiscendi. *l. cum bonis ff. de acquir. hæred.* Non se abstinet suus hæres sine voluntate se abstinendi, cum beneficium abstinendi solum volentibus detur. *§. sui autem Inst. tit. de hæred. qual. & differ.* Cum suus hæres convenitur a creditoribus hæreditariis, quæritur, an probanda sit immixtio, vel abstentio. Absurdum autem est exigere probationem immixtionis ab iis, pro quibus militat ratio suitatis, quæ ipso jure hæredem facit: non autem exigere probationem abstentionis ab eo, contra quem militat eadem ratio suitatis, & qui semper hæres erit, nisi ab hæreditate abstinuerit. Utriusque actus par est conditio. Uterque enim agentis voluntate perficitur. Uterque desiderat probationem: cum enim in facto consistat, non præsumitur; sed immixtio non allegatur a creditoribus, qui habent intentionem fundatam in suitate, & ideo ab ipsis probanda non est. Contra, abstentio allegatur a suo hærede, qui convenitur, & se tuetur adversus necessitatem suitatis: & ideo ab eo probanda est.

His expositis progrediamur ad ea expendenda, quæ statuunt Bartolus, & Pragmatici in hac controversia. Eorum est illa distinctio. Aut agitur de com- 47
modo, & utilitate sui hæredis: & tunc habet effectum suitas, & nihil operatur beneficium abstinendi, antequam re vera suus abstineat. Aut agitur de incommodo, & damno sui hæredis: & tunc beneficium abstinendi infirmat jus sui hæredis, & enervat vires suitatis, etiam antequam suus hæres re vera abstineat, & declaret suam voluntatem. Aut denique agitur de re, quæ ad suum hæredem non pertinet, sed continet commodum, aut incommodum tertii: & tunc pariter nihil operatur existentia sui hæredis; per text. *in l. 1. §. ult. ff. ut in possess. legat. & in l. etsi 6. §. si filius ff. de bon. libert.* Hujus distinctionis prima pars verissima est: reliquas duas perpendamus: & a postrema ordiamur.

Quod existentia sui hæredis vires suas exerat, & effectum habeat etiam quoad tertium, satis constat ex *l. si post mortem 68. §. sed si servo ff. de legat. 1.* Ubi 48
quidam servo legavit post mortem domini. Dominus moriens eum servum testamento manumisit. Disputat ibi Cajus, cui acquiratur legatum; utrum servo manumisso, an per servum hæreditati. Distinguit autem inter hæredem extraneum, & suum. Si testator instituit hæredem extraneum, acquiritur legatum per servum hæreditati, & hæreditati acquisitum postea pertinet ad hæredem adeuntem hæreditatem. Quod si institutus sit suus hæres, quia eodem tempore cedit dies legati, & suus existit hæres, tunc legatum ipsi servo manumisso acquiritur. Nam suus hæres sta-

ſtatim hæres exiſtit a morte teſtatoris, & ideo, cum ſtatim fiat liber ſervus, ſibi acquirit legatum, quod eodem tempore ac momento cedit, quo libertatem conſequitur, & capax eſt acquiſitionis. En igitur, quod ſuitas, & exiſtentia ſui hæredis vergit in commodum, & utilitatem ſervi, cui legatum acquiritur.

Rurſus in *l. cum hæreditate* 55. *ff. de acq. vel omit. hæred.* datus erat cohæres
49 ſuo hæredi. Cohæres antequam filius abſtineret, adivit hæreditatem pro ſua portione. Poſtea ſuus hæres abſtinuit. Si eſſet extraneus, & repudiaſſet hæreditatem, pars ejus cohæredi etiam invito accreſceret. *l. un.* §. *his ita C. de caduc. toll. l. qui ex duabus* §. 1. *ff. de acquir. hæred. l. ſi ex pluribus ff. de ſuis, & legit. hæred.* Sed quia ſuus hæres abſtinuit, qui antequam abſtineret jam hæres erat, excuſatur cohæres, qui portionem ſuam adivit, cum ſciret alteram portionem ſuo hæredi quæſitam: nec cogitur eam portionem ſuſcipere. *d. l. cum hæreditate*. Ne tamen deſtruatur illa regula, qua traditum eſt, neminem poſſe partem hæreditatis ſuſcipere, partem repudiare; ſed aut totam agnoſcere debere, aut a tota recedere; *l.* 1. *&* 2. *ff. de acquir. hæred. l. quidam in fin. C. de jur. delib. l. ſed ſi plures* §. *filio ff. de vulgar.* conſtitutum fuit in ejus arbitrio, utrum portionem vacantem accipere velit, an omittere portionem, quam accepit. Imo ſi creditores dicant, ſe contentos parte vacante, poterit portionem ſuam retinere, & omittere portionem vacantem, quæ inter creditores diſtribuetur. Conſtat igitur, ſuum hæredem, adeo antequam abſtineat, hæredem exiſtere; ut nihil objici poſſit cohæredi, qui reliquam portionem adivit, cur putaverit, diviſam jam eſſe hæreditatem, nec cogitaverit, eam vacare poſſe per beneficium abſtinendi. Quod pariter conſtitutum eſt in extraneo minore, qui adivit hæreditatem: licet enim per reſtitutionem in integrum poſſit eam omit- 50
tere; tamen quia ante reſtitutionem vere hæres erat, non cogitur cohæres portionem ejus vacantem beneficio reſtitutionis ſuſcipere. *l. ſi minor ff. de acquir. hæred.* Non minus igitur hæres exiſtit ſuus hæres, antequam ſe abſtineat, quam minor, qui adivit hæreditatem, antequam reſtituatur. Atque hoc prodeſt cohæredi, qui non cogitur invitus ſuſcipere partem vacantem.

Alterum exemplum, in quo ſuitas, & exiſtentia ſui hæredis parit effectum quoad tertium, peti poteſt ex *l. qui in aliena* 6. §. *interdum ff. de acquir. vel* 51
omit. hæred. Hæreditas delata filio & ſervo non acquiritur patri & domino, niſi eorum juſſu adeatur, ne æri alieno inviti obligentur. *d. l. qui in aliena in princ. l. ſi quis mihi* 25. §. *juſſum ff. de acquir. hæred.* §. *item vobis Inſtit. tit. per quas perſon. cuiq. acquir. l. acquiruntur* 10. §. *igitur ff. de acquir. rer. dom.* Si tamen delata ſit hæreditas ſuo hæredi, ſtatim eam acquirit patri, non ſolum ſine juſſu ejus, ſed etiam ignoranti, & invito, *d. l. qui in aliena* §. *interdum*.

Denique ſuus hæres, etſi deceſſerit, antequam ſe miſceret bonis paternis, aut abſtineret; imo etſi deceſſerit, antequam ſciret, patrem defunctum fuiſſe, tamen tranſmittit hæreditatem ad hære- 52
des ex teſtamento, vel ab inteſtato: *l. de hæreditate* §. *filiusfam. ff. de caſtr. pecul. l. ex militari* 11. *& l. ſeq. de milit. teſtam. l. qui duos* §. *cum in bello ff. de reb. dub. l. Lucius* 9. *ff. de jure fiſc. l.* 2. §. *ſi quis ex liberis ff. ad S. C. Tertull. l. apud hoſtes C. de ſuis, & legit. hæred.* cum contra hæres extraneus hæreditatem non aditam non tranſmittat. *l. quoniam ſororem l. ſi infanti* §. *ſin vero C. de jur. delib. l. un.* §. *in noviſſimo C. de caduc. tollen.* Suitas igitur hunc operatur effectum quoad heredes, ut ad eos tranſmittatur

hæreditas, etiamſi ſuus hæres mortuus ſit, antequam hæreditati ſe immiſceret.

Et quamvis Bartolus, & alii putent, hunc ex ſuitate proficiſci, quia reſpicit favorem, & commodum ſui hæredis tranſmittentis; tamen eos ſatis docte reprehendit doctiſſimus Antonius Faber
53 *de error. Pragm. decad.* 31. *error.* 9. quia pertinet ad commodum ſui hæredis ſolum tranſmiſſio hæreditatis opulentæ, & lucroſæ, non hæreditatis damnoſæ: & tamen quælibet hæreditas etiam damnoſa tranſmittitur. Incertum eſt igitur commodum ſui hæredis: at certus eſt, & indubitatus effectus ſuitatis quoad hæredes, ad quos hæreditas tranſmittitur.

Ex his conſtat, quod exiſtentia ſui hæredis operatur, & ſuos effectus producit etiam quoad tertios. Nec contrarium traditum eſt in legibus, quæ a Bartolo contra afferuntur. Nam *in l.* 1. §. *ult. ff. ut in poſſeſſ. legat. & in l. etſi* 6. §. *ſi filius ff. de bon. liber.* agitur de
54 hæreditate, a qua filii abſtinuerunt. Poſtquam ſuus hæres abſtinuit, Prætor pleroſque effectus ſuitatis impedit, quia etſi maneat hæres jure Civili; tamen a Prætore hæredis loco non habetur. *l. ſi filius ff. de interrog. action.*

Altera quoque pars diſtinctionis falſa eſt. Nam quod exiſtentia ſui hæredis vires, & effectum habeat etiam quando agitur de incommodo, damnoque ſui hæredis, probatur evidenter ex *l. ſi poſt mortem* §. 1. *ff. de legat.* 1. quam ſupra
55 expoſuimus. Ibi enim legatum, quod acquireretur hæredi, ſi hæres eſſet extraneus, acquiritur ipſi ſervo, quando inſtitutus eſt ſuus hæres. Nocet igitur ipſi ſuitas, cum amittat legatum, quod eſſet acquiſiturus.

Præterea ſuus hæres acquirit hæreditatem, etiamſi furioſus ſit: *l. furioſus* 63.
56 *ff. de acquir. hæred.* & pupillus acquirit ſine tutoris auctoritate, & non ſolum acquirit, ſed hæreditati obligatur, *l. more* 8. *ff. de acquir. hæred.* Imo etſi fuerit inſtitutus ſub conditione poteſtativæ, poteſt ſine tutoris auctoritate conditionem implere, licet, impleta conditione fiat hæres neceſſarius, quia fit hæres jure poteſtatis, non impletæ conditionis. *l. conditioni* 5. *ff. de cond. & demonſtr.* hæc autem vergunt in damnum, & incommodum pupilli & furioſi. Nam quod pupillus hæreditatem adire non poſſit ſine tutoris auctoritate, in ejus favorem, & commodum conſtitutum eſt: tum ne creditoribus hæreditariis obligetur; tum ne ſuſcipiat damnoſam hæreditatem; tum ne vexationibus, inſidiis, negotiorum multitudini, offenſis, invidiæ fiat obnoxius. *l. quia poterat* 4. *in fi. ff. ad S. C. Trebell. d. l. more* 8. *ff. de acquir. hæred. l. ſi hæreditatem* 22. *ff. mand. l. obligari* 9. §. *hæreditatem ff. de auctor. tut.* §. *neque tamen Inſtit. tit. eod.* Nam ſi acquirere hæreditatem non eſſet periculoſum, damnoſumque pupillo, poſſet etiam extranei hæreditatem adire ſine tutoris auctoritate. *princ. tit. Inſtit. de auct. tut.* §. *nunc admonendi Inſt. tit. quibus alienar. lic. vel non* §. *pupillus Inſt. tit. de inut. ſtipul. d. l. obligari* 9. *ff. de auct. tut. l. contra* 28. *ff. de pact. l. pupillus* 11. *ff. de acquir. rer. dom.* Quod & in furioſo & prodigo conſtitutum eſt. *l. is cui bonis. de verb. oblig.* Et confirmatur, quia per ſervos noſtros melior conditio noſtra fieri poteſt, non
deterior; *l. melior ff. de R. J.* & ideo 57
ſervi noſtri, nobis etiam ignorantibus & invitis, acquirunt; *l. ſervus vetante ff. de V. O. l. acquiruntur* 10. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* §. *item vobis Inſt. tit. per quas perſon. cuique acqu.* hæreditatem tamen nobis non acquirunt ignorantibus & invitis, ut ſupra diximus: igitur per acquiſitionem hæreditatis non fit melior conditio noſtra. Et utcumque ſit de univerſitate hæreditatis, certe quod quis æri alieno obligetur, quod evenit per hæreditatem, id non reſpicit ejus favorem, nec ejus conditionem meliorem

rem facit. *l. qui in aliena in princ. ff. de acquir. hered.* Et cum periculosa sit acquisitio hæreditatis, maxime expedit pupillo hac in re consilium & auctoritas tutoris. Hoc autem contra utilitatem pupilli suitas operatur, ut hæreditati obligetur etiam sine tutoris auctoritate, *l. more ff. de acquir. hered.* & obligetur etiam invitus. *l. lege Cornelia ff. de testam.*

Tertio, quod aliquæ competant creditoribus hæreditariis actiones, id vergit in ejus incommodum: sed in suum hæredem competunt actiones etiam ante immixtionem, hoc est sola potestate
58 suitatis. *l. ita tamen* 27. §. *si pater filium ff. ad S. C. Trebell.* ibi: *quare etsi non immiscuerit se hereditati, nihilominus actiones, quæ ei & in eum competebant, ad Sempronium transferuntur.*

59 Confirmatur ex *l. 2. ff. de condict. furtiv.* ibi: *condictioni ex causa furtiva, & furiosi & infantes obligantur, cum heredes necessarii extiterunt.*

Huic certæ, stabilique sententiæ quæ opponuntur, accurate perpendamus. Primum opponunt text. in *l. pecuniam 36. ff. de reb. cred.* ubi, si pecuniam, quam mihi pure debes, jussu meo promittas Titio sub conditione; pendente conditione frustra tecum ago: quia, cum incertum sit, an conditio adjecta stipulationi Titii sit extitura, incertum quoque est, an à te possit exigere pecuniam. Existente enim conditione adjecta promissioni Titii, a Titio est exi-
60 genda pecunia, non à te. Interim igitur, si petam, ante tempus peto. Eadem ratione, quia potest suus hæres abstinere: quamdiu hoc incertum est, conveniri utiliter non potest, quia, si abstinuerit, adversus eum Prætor actionem daturus non est.

Sed hoc argumentum nimis probat. Nam & pupillus, qui se immiscuit paternæ hæreditati, non posset etiam post immixtionem conveniri a creditoribus hæreditariis, quia etiam post immixtionem habet beneficium abstinendi. *l. necessariis ff. de acquir. hered.* Et minor 61
non posset pariter conveniri, etiam postquam se immiscuit, quia per restitutionem in integrum ipse quoque potest uti beneficio abstinendi, & derelinquere hæreditatem. *d. l. necessariis §. sed tamen.* Imo, quod magis est, etiam postquam suus hæres se abstinuit, creditores non possent exercere suas actiones: quia suus hæres, qui abstinuit, potest, si major sit, intra triennium repetere hæreditatem, quam dereliquit: si minor, reti- 62
net hanc facultatem repetendi hæreditatem, seque immiscendi bonis paternis usque ad annum tricesimum secundum exactum. *l. si quis servi ff. de jure delib. l. ult. C. de repud. hered.* Toto igitur hoc tempore non possent creditores suas actiones exercere, quia incertum est, an suus hæres sit habiturus hæreditatem. Quæ omnia oppidò sunt absurda.

Fallax igitur est argumentum: neque enim exemplum deductum ex *l. pecuniam ff. de reb. cred.* simile est rei, de qua agimus. Qui pecuniam, quam mi- 63
hi pure debet, jussu meo promittit alteri sub conditione, mihi manet obligatus sub contraria conditione, ut notatur in *d. l. pecuniam.* Quod enim sub conditione adimitur, sub contraria conditione datum videtur. *l. aliquando in fin. ff. de condit. & demonstr. l. quod pure 6. in princ. ff. quando dies leg. ced. l. si quis ita 13. in fin. ff. de statu lib. l. si post mortem 68. §. si pure ff. de legat. 1.* Atque hæc contraria conditio, quæ tacite adjicitur per ademptionem conditionalem, habet vim veræ conditionis, & suspendit actum in incertum eventum, & impedit legati transmissionem. *d. l. si post mortem §. si pure ff. de leg. 1. d. l. quod pure in princ.* juncto. §. 1. *ff. qu. dies leg. ced.* Quod multo magis obtinet in contractibus, in quibus conditio retrotrahitur ad tempus celebrati contra-

64 tractus. *l. necessario* 8. *in princ. ff. de peric. & com. rei vend. l. sub conditione* 16. *ff. de solut.* Cujus rei effectus scitu dignissimos habemus in *l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. quæ legata* 18. *in fin. ff. de reg. jur. l. ult. ff. de stip. servor. l. potior.* 11. *ff. qui potior. in pign. hab.* Nam in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de reg. jur.* Quod non evenit in legatis, in quibus spectatur tempus evenientis conditionis, nec ea retrotrahitur *l.* 3. §. *ult. l. si usufructus* 14. §. *ult. ff. qu. dies leg. ced. l. si legati* 28. *ff. de pignor.*

Hinc constat, cur agi non possit contra primum promissorem, licet pure obligatum, quando ejus obligatio nova-
65 ta est sub conditione: quia, licet initio pure promiserit; tamen per novationem conditionalem injecta est ejus promissioni contraria conditio, & perinde habetur, ac si sub conditione promisisset. Et, si existat conditio novationis, ejus obligatio videtur perempta jam tum ab initio tempore celebratæ novationis. *l. sub conditione* 16. *ff. de solut.* ibi: *sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus.* Quapropter permittendum non est, ut conveniatur eo tempore, quo eum debitorem non fuisse apparebit, existente conditione.

Nihil simile est in beneficio abstinendi. Nam beneficium abstinendi non efficit, ut suus heres existat heres sub
66 conditione, si non abstinuerit. Ut enim probavimus, antequam abstineat, ipso jure est hæres, & jam acquisivit hereditatem. Nec acquisitio hæreditatis recipit conditionem. *l. cum qui* 51. *in fin. ff. de acquir. hæred.* Et adeo verum est, beneficium abstinendi non efficere, ut ab initio hæres non sit: ut etiam, postquam se abstinuit, maneat hæres jure Civil. *l. cum quasi* §. *sed etsi suus ff. de fideic. libert.* Beneficium abstinendi prodest volentibus. §. *sui vers. sed bis, Inst. tit. de hæred. qual. & differ.* Antequam velint, nihil eis prodest, in *l. pecuniam ff. de reb. cred.* Novatio facta fuerat voluntate debitoris: itaque constabat, eum voluisse liberari ab obligatione, existente conditione. Si eodem modo constaret & de voluntate sui hæredis abstinere volentis, utique & ipsi prodesset contra creditores hoc beneficium: sed si non constat de hac voluntate, ipse eam probare debet: præsertim quia & dum convenitur, abstinere potest, atque ita eludere creditores, a quibus convenitur. Tunc enim creditoribus incumbet onus probandi immixtionem, per quam amiserit beneficium abstinendi.

Neque ad rem facit, quod spes sit futurum, ut abstineat. Neque enim spes hæc ipsum liberat, sed abstentio: nec spes prodesse potest ei, in cujus est potestate actus, per quem consequi potest emolumentum, quod per spem consequi desiderat. Atqui ut spes solutionis non 67
liberat debitorem, sed ipsa solutio; nec eo minus conveniri potest a creditoribus, quod speretur eum soluturum: sic non spes abstinendi liberat suum hæredem, sed abstentio; nec eo minus conveniri poterit a creditoribus, quod speretur futurum ut abstineat. Unde nemo non videt, quam dispar sit ratio novationis initæ sub conditione: quia hic spes novandæ obligationis non est vana & pendens a sola potestate faciendi aliquid, quod factum non est, qualis est spes abstinendi: sed est spes innixa jam contractæ stipulationi, & novationi, quæ amplius retractari non potest, & eveniente conditione necessario liberat debitorem. Stipulatio vires capit ab initio, *l. usufructus* 26. *ff. de stipul. servor.* & in ea spectatur initium. *l. non omne* §. 1. *ff. de reg. jur.* Quapro- 68
pter stipulatio jam contracta præstat firmum ac stabile fundamentum spei, quam habet debitor de liberatione. Ceterum si novata non esset obligatio, seu in-

interposita novandæ obligationis causa stipulatio, nihil debitori prodesset, quod novare posset aut solvere; & spes in hac potestate fundata, inanis prorsus esset & inutilis. Eademque ratione inanis est & inutilis spes fundata in potestate abstinendi.

Nec obstat, quod istud beneficium abstinendi & ejus exceptio, insit a principio cuilibet hæreditati, quæ filio defertur, & ideo possit dici pars substantialis ipsius actus, & suppleri a Judice etiam parte non opponente; argumento text. in *l.* 1. §. 1. *versic. nam dies ff. de edend.* ut subtiliter animadvertit Gomez. *variar. tom.* 1. *cap.* 9. *num.* 25.

Enimvero fateor ingenii mei tarditatem: non intelligo, quid supplere possit Judex, neque perspicio, quid probet hujusmodi argumentum. An Judex supplebit suum hæredem habere benefi-
69 cium abstinendi? At hoc non liberat suum hæredem, qui jam non obstante hoc beneficio hæres extitit ipso jure, ut probavimus. An suppleat Judex suum hæredem abstinuisse? At supponimus, ipsum vere non abstinuisse. Uno verbo hoc argumentum supponit id, quod quæritur, & verum esse id, de quo disputatur: nam si solum beneficium, & potestas abstinendi liberat, & tuetur suum hæredem a creditoribus; si non est necessarius ipsi actus abstinendi, verissima sunt omnia, quæ in argumento assumuntur, & concluduntur. Sed hoc ipsum est, de quo disputamus. Enimvero cum beneficium abstinendi non operetur, nisi volente suo hærede, antequam velit, non potest parere exceptionem: quia antequam velit abstinere, non vult liberari a creditoribus. Unde igitur nascatur hæc exceptio? Postquam autem voluit abstinere, ne tunc quidem vere parit exceptionem: sed a Prætore non
70 lantur actiones adversus suum hæredem, qui abstinuit. *l. necessariis ff. de acquir. vel om. hæred.* Itaque hæc exceptio est merum commentum nostrorum Interpretum. Quo jure igitur a judice suppleatur? Nec illud intelligo, cujus actus dici possit pars substantialis hæc exceptio, cum in suo hærede nullus actus requiratur, ut hæres existat, sed sit hæres ipso jure, ut luculenter initio demonstravimus.

Sed rursus opponunt, quod hoc beneficium abstinendi cum sit a jure inductum, non requiritur, ut exprimatur, vel opponatur ab homine; sed semper operatur effectum suum, nisi constet de immixtione. Confirmant autem 71
hoc per text. in *l. ei qui se in princ. ff. de acquir. vel om. hæred.*

Ad hoc satis supra respondimus, ubi demonstravimus, quantum hac in re differat potestas legis a potestate & auctoritate Prætoris. Lex enim ipso jure, & sine ullo facto atque opera hominis efficit, quod vult. Prætor autem numquam ipso jure operatur, præsertim quando aliquid molitur contra jus Civile, quod potest mollire, ac mitigare, non evertere. *l.* 1. §. 1. *ff. de feriis.* Adeoque numquam aperte legem oppu- 72
gnat, sed per cuniculos; & non directo obviam it legibus, sed per anfractus, propositis quibusdam remediis, quibus subvenit miseris, & rigore juris oppressis. Sed hoc fieri non potest sine aliquo facto hominis, quod percurrenti totum jus Prætorium clare apparebit. Imo, & cum non agitur de emendando, & oppugnando jure Civili; tamen jus Prætorium ipso jure non operatur. Quamobrem licet stipulatio contraria stipulatione tollatur ipso jure, quia stipulatio juris Civilis auctoritate nititur; tamen pactum contrario pacto ipso ju- 73
re non tollitur, sed necesse est, ut elidatur replicatione *l. si unus* 27. §. *pactus ff. de pact.* quia pacta nituntur Prætoris auctoritate. *l.* 1. *l. juris Gentium* 7. §. *ait Prætor ff. de pact.* Ac propterea, licet secundo pacto actum sit, ut res-

res ad terminos, & præcepta juris Civilis redigatur; tamen ipso jure non tollit prius pactum. Hoc enim proprium est solius legis, operari ipso jure. Prætor autem tanta auctoritate non pollet.

Ad textum autem in *l. ei qui se bonis ff. de acquir. vel omit. hæred.* facilis
74 est & prompta responsio. In ea lege non quæritur, an videatur se abstinuisse, qui se non miscuit, sed solum, an qui vult abstinere, debeat Prætorem adire, & ab eo impetrare beneficium abstinendi, sicut impetratur restitutio in integrum, sicut petitur bonorum possessio: & statuitur, necessarium non esse Prætorem adire, sed sola destinatione, & voluntate abstinendi frui posse suos hæredes hoc beneficio. Ut enim supra diximus, eadem ratione, eodemque modo potest quis abstinere ab hæreditate, quo potest hæres extraneus adire hæreditatem. De hoc agi constat in ea lege, quia Jurisconsultus probat hanc sententiam rescripto quodam, quo continebatur, non esse necessariam restitutionem pupillis adversus contractum avitum, si eorum pater constituerat non agnoscere paternam hæreditatem, & neque quicquam amovit, neque pro hærede gessit. Et merito: quia si constituit non agnoscere paternam hæreditatem, & declaravit se abstinere; hoc ipso abstinuit; nec possunt ejus filii conveniri, sicut nec ipse conveniri potuisset. *l. necessariis ff. de acquir. vel omit. hæred.* Vel solum constituit non agnoscere hæreditatem, sed tamen re vera non abstinuit, ut in *l. si servum §. Prætor ff. de acquir. hæred.* & hoc casu si
75 neque pro hærede gessit, neque quicquam amovit ex hæreditate; quibus modis amittitur beneficium abstinendi; *d. l. si servum §. ait Prætor l. necessariis ff. eod.* poterunt ejus filii abstinere, sicut ipse vivens abstinere potuisset; *l. si quis 7. §. si filius ff. eod.* ac propterea non indigebunt restitutione, quæ non datur illis, qui jure muniti sunt. *l. in causa 16. ff. de minor.* Sensus igitur ejus legis hic est. Ei, qui se non 76
miscuit hæreditati, sive major, sive minor sit, semper liberum est se abstinete. Nec cogitur Prætorem adire; neque ut ab eo restituatur in integrum: quia ei, qui se non miscuit, in integrum restitutio necessaria non est, sed solum ei, qui se miscuit; *l. necessariis §. 1. ff. de acquir. hæred.* neque ut ab eo obtineat hoc beneficium, quia hoc a Prætore impetrare non est necesse, cum 77
Prætor hoc largiatur omnibus volentibus eo uti. *§. sui autem. versic. sed his. Instit. tit. de hæred. qual. & differ.*

Imo, ut dicam quod sentio, & quod nostri non animadvertunt, existimo in ea lege solum agi de restitutione in integrum, & hoc tantum ab Ulpiano de- 78
finiri, non esse necessariam in integrum restitutionem ei, qui se non miscuit hæreditati: licet enim sit hæres ipso jure; tamen non debet a se amovere hæreditatem adeundo Prætorem, & petendo ab eo restitutionem, cum possit liberari abstinendo ab hæreditate: qua de re copiose etiam agitur in *l. necessariis ff. eod.* Multa sunt; qui conjecturam hanc facio. Primum ea lex deprompta est ex libro undecimo Ulpiani ad Edictum, quo in libro Ulpianum exposuisse edictum Prætoris de restitutionibus in integrum, satis constat ex *l. 1. ex l. denique 3. ex l. si tamen 5. ex l. ait Prætor 7. ex l. si ex causa 9. ex l. verum 11. ex l. in causæ 13. ex l. minor autem 18. & duabus seqq. l. integrum 22. ff. de minor.* in quibus copiose, & enucleate pertractatur materia restitutionis in integrum, quæ minoribus datur; atque omnes depromptæ sunt ex libro undecimo Ulpiani ad Edictum. Libro autem duodecimo pertractavit Ulpianus de restitutione, quæ majoribus a Prætore datur, ut constat ex *l. 1. 3. 5. 7. 10. 12.*

12. 15. 17. 21. 23. 26. 28. *ff. ex quibus cauf. major.* Præterea in refcripto, quod allegatur in ea lege, aperte tractabatur folummodo de reftitutione in integrum. Denique & verba illa, *non effe neceffe Prætorem adire*, maxime conveniunt petitioni reftitutionis in integrum. *l. verum* 11. §. *ex facto l. Papinianus* 20. *ff. de minor. l. 3. C. fi minor fe major. dixerit.*

Non diffimile eft argumentum, quod petunt ex *l. 1. C. fi minor. ab hæred. fe abftin.* ibi: *fi vos paternæ hæreditati non immifcuiftis, ob eam rem teftificatio neceffaria non fuit, cum fides veritatis*
80 *verborum adminicula non defideret. Quod fi pro hærede geffiftis, vel bonorum poffeffionem accepiftis, propter ætatem, cui fubveniri foles, in integrum reftitutionis auxilium accipere debetis.*

Non diffimilis etiam refponfio. Suus hæres volebat abftinere ab hæreditate. Refpondent Imperatores, quod fi minor eft, & pro hærede geffit, debet petere reftitutionem in integrum, fine qua amplius abftinere non poteft. *d. l. neceffariis.* Si vero pro hærede non geffit, hoc eft, paternæ hæreditati fe non immifcuit, non indiget reftitutione, etiamfi non fuerit teftificatus, nolle fe
81 immifcere. Ut enim quis poffit abftinere, fufficit, eum fe non mifcuiffe: & omnis teftificatio fupervacanea eft, quia veritas non defiderat verborum adminicula. Quod fi quis contendat, eum abftinere non potuiffe; ipfe, qui hoc contendit, probare debet, eum, antequam abftineret, fe immifcuiffe, quia per immixtionem amittitur beneficium abftinendi; fufficit fola veritas, hoc eft, ut vere fe non immifcuerit. Quibus expofitis non video, quid obftet noftræ fententiæ.

Nullius quoque momenti eft alterum argumentum petitum ex *l. fi filius* 12. *ff. de vulg.* ibi: *etenim jus dicenti propofitum eft liberos oneribus hæreditariis non fponte fufceptis liberare, non invitos ab hæreditate removere.* Etenim in ea quoque lege agitur de filio volente abftinere ab hæreditate paterna. Conftat id ex principio ejufdem legis, ibi: *fi filius, qui patri, ac poftea fratri ex fecundis tabulis hæres extitit, hæreditatem patris recufet, fratris autem retinere malit.* Quæftio igitur ibi propofita eft, 82
an filius poffit abftinere hæreditate patris, & retinere hæreditatem fratris: & refpondet JC. poffe: quia Prætori propofitum eft liberos oneribus hæreditariis liberare, non invitos ab hæreditate removere. Quos liberat oneribus hæreditariis? nempe abftinentes & recufantes hæreditatem patris. Quos non removet invitos? nempe volentes retinere hæreditatem. Imo retorqueri poteft argumentum. Nam ibi JC. promifcue accipit, filium recufare patris hæreditatem, & eum liberari oneribus hæreditariis. Cum enim quæfierat, an recte recufet patris hæreditatem; refpondet, recte recufare, quia Prætori propofitum eft liberos oneribus hæreditariis non fponte fufceptis liberare; Ergo liberat folum recufantes. Etenim fi liberaret etiam non abftinentes, abfurda effet illa refponfio, & aliena a quæftione propofita, nec eam folveret. Plane hoc in errorem induxit interpretes noftros, quod ea, quæ in jure noftro tradita funt de filiis abftinentibus, acceperunt perinde ac fi dicta effent de non abftinentibus.

Denique non obftat textus in *l. nam nec emancipatus* 87. *ff. de leg.* 1.

Nam & ibi agitur de filio abftinente. 83
Proponitur in duabus legibus antecedentibus quæftio, an, fi filio inftituto pater legatum reliquerit, & filius abftinuerit hæreditate, poffit legatum petere? Refpondet poffe. Sicut enim emancipatus poteft, omiffa hæreditate, legatum petere; ita & fuus hæres abfti- 84
nens ab hæreditate, poteft legatum petere: quia filiis abftinentibus tribuit Prætor idem ac emancipatis: hoc eft

idem ac si habuissent liberum arbitrium adeundi hæreditatem. Sed hoc tribuit abstinentibus, quia, ut supra diximus, beneficium suum Prætor impertitur solummodo volentibus.

CAPUT X.

Ad l. filio præterito 17. ff. de injust. rupt.

SUMMARIUM.

I. Filio præterito se abstinente, ex bono & æquo voluntas testatoris est servanda.
II. Voluntas testatoris servari potest non solum ex testamento, sed etiam ab intestato.
III. Si quis omissa causa testamenti possideat ab intestato hæreditatem, Prætor tuetur defuncti voluntatem quoad legata.
IV. Aliud exemplum.
V. Quomodo possit servari ex testamento?
VI. Proponuntur tres sententiæ.
VII. Præterito abstinente testamentum jure Civili non convalescit.
Præterito suo hærede testamentum est ipso jure nullum.
VIII. Et non potest convalescere, cum numquam fuerit testamentum.
IX. Defunctorum actus in suspenso esse non possunt.
X. Testamentum ab initio nullum, aut postea ruptum, irritumve, numquam jure Civili convalescit: probatur exemplis.
XI. Proponitur exceptio in casu captivitatis.
XII. Et in casu restitutionis damnatorum.
XIII. Præterito decedente ante patrem non convalescit testamentum.
XIV. Etiamsi præteritus sit posthumus.
XV. Suus est hæres, & antequam abstineat, & postea. & 31.
XVI. Non valet hujusmodi testamentum: si filius meus me vivo decesserit, Titius hæres esto.
XVII. Institutio & exhæredatio liberorum sunt de forma.
XVIII. Forma hominum arbitrio mutari non potest.
XIX. Conventione patris & filii fieri non potest, ut liceat filium præterire. & 23.
XX. Filius non potest institui sub conditione, quæ non sit in ejus potestate.
XXI. Conditiones impossibiles, & turpes detrahuntur ab ultimis voluntatibus.
XXII. Filius non potest institui sub conditione turpi, vel impossibili.
XXIII. Forma testamenti præscripta est a legibus.
XXIV. Testamenti factio est juris Publici.
XXV. Jus Publicum privatorum pactis mutari non potest. & 46.
XXVI. Non potest patronus liberto permittere, ut se prætereat.
XXVII. Patroni institutio non est de forma testamenti, & ideo valet testamentum, in quo præteritus est patronus.
XXVIII. Quæ fiunt ipso jure, etiam nobis invitis fiunt: & explicatur.
XXIX. Beneficium abstinendi est a Prætore.
XXX. Non potest Prætor efficere, ut valeat jure Civili, quod eo jure improbatur.
XXXII. Si valet testamentum, non potest esse locus intestatæ successioni.
XXXIII. Nemo potest abstinere ab hæreditate, nisi jam quæsita.
XXXIV. Defunctus decedit intestatus, cum testamentum non valet.
XXXV. Unusquisque potest renunciare suo beneficio.
XXXVI. Volenti non fit injuria.
XXXVII. Emphyteusis per non solutionem canonis recidit solum volenti domino.
XXXVIII. Valet alienatio, facta cum consensu vocatorum, si eorum favore fuit interdicta.
XXXIX. Judicium convalescit, si dominus ratum habeat, quod gessit procurator.
XL. Testamentum propter præteritionem nullum est, non propter injuriam factam filio.
XLI. Majori injuria afficitur exhæredatus, quam præteritus.
XLII. Nullum pariter non est favore filiorum.
XLIII. Affertur ratio, cur testamentum vitiat præteritio, non exhæredatio. & n. 45.
XLIV. Duo in solidum domini, aut hæredes esse non possunt.
XLVI. Nemo potest renunciare suo favori, quando respicit jus Publicum.
XLVII. Probatur exemplis.
XLVIII. Conditiones aliæ sunt suspensivæ, aliæ resolutivæ: & harum exempla.
XLIX. Nullitas testamenti non pendet a conditione resolutiva.
L. Non datur conditio resolutiva nullitatis.
LI. Jus est, quod bonum & æquum est.
LII. Hæc descriptio convenit juri Civili in genere.
LIII. Jus Civile in specie sæpe opponitur æquitati.
LIV. Quod ipso jure nullum est, non rumpitur.
LV. Ipso jure rumpi dicitur id, quod ipso jure non valet.
LVI. Aliud est rumpi ipso jure: aliud ex post facto rescindi.

FI-

F*Ilio præterito, qui fuit in patris pote-
state, neque libertates competunt, ne-
que legata præstantur, si præteritus fra-
tribus partem hæreditatis avocavit: quod
si bonis se patris abstinuit, licet subtili-
tas juris refragari videtur, attamen vo-
luntas testatoris ex bono & æquo tuebi-*
1 *tur*. Constat ex hac lege, filio præte-
rito se abstinente voluntatem testatoris
tuendam esse. Potest voluntas testatoris
defendi, & observari vel ex testamen-
2 to, vel ab intestato. Ab intestato; que-
madmodum, cum quis omissa caussa te-
stamenti ab intestato possidet hæredita-
tem: tuetur enim Prætor defuncti vo-
3 luntatem quoad legata, perinde ac si ex
testamento hæreditatem adivisset; *l.* 1.
& toto tit. ff. si quis omissa caus. testam.
quemadmodum conservantur libertates,
4 & fideicommissa alumnæ data in *l. in
testamento* 38. *ff. de fideicomm. libert.*

Ex testamento, si aut testamentum
jure Civili convalescat abstinente filio
præterito, quod propter præteritionem
5 erat ipso jure nullum; *l.* 1. *ff. de injust.
rupt.* aut a Prætore sustineatur data bo-
norum possessione secundum tabulas hæ-
redibus scriptis in testamento.

Si defenditur voluntas ab intestato,
corruit institutio, & solummodo legata
præstantur. Si convalescit jure Civili
testamentum, omnia sustinentur, & hæres
6 poterit adire hæreditatem. Si sustinetur
jure Prætorio, omnia pariter subsistunt,
sed non poterit ab hærede scripto hære-
ditas adiri, & confugere debebit ad bo-
norum possessionem secundum tabulas.
Hinc Interpretes nostri dividuntur in
tres classes: alii tum jure Civili con-
valescere putant testamentum, tum jure
Prætorio: alii solum jure Prætorio su-
stineri: alii denique neutro jure subsi-
stere, & ab intestato defendi voluntatem
defuncti. Eam, quæ inter duas media
est, opinionem probamus, quæ & com-
munis est, & verior videtur: nempe
jure Prætorio subsistere testamentum, si
filius in eo præteritus bonis paternis
abstineat. Primum autem probandum
est, illud jure Civili nullum esse, eo-
que jure non convalescere, etiamsi filius
præteritus abstineat hæreditate patris.

Quod jure Civili non subsistat testa-
mentum, in quo præteritus est filius,
id passim in jure nostro traditum est,
& quidem sine ulla exceptione; unde
conjectura consequi possumus, ipsum
numquam subsistere, nullo casu conva- 7
lescere. *l. inter cetera* 30. *l. dum apud*
31. *ff. de liber. & post. l. si quis eum* 16.
in fin. ff. de injust. rupt. l. ex facto 43. §.
*Lucius Titius ff. de vulg. princ. tit. Instit.
de exhæred. liberor. l. maximum vitium in
princ. & in* §. 1. *C. de liber. præterit.*

Nec dici potest, quod licet testamen-
tum sit ipso jure nullum, tamen filio
abstinente ex bono & æquo convale-
scat. Quod enim numquam fuit, quod
statim nullius momenti fuit, convale-
scere non potest. Æger potest convale-
scere: mortuus potest reviviscere, sed
qui numquam natus est, neque conva-
lescere potest, neque reviviscere. Testa-
mentum autem, in quo præteritus fuit
filius, qui erat in potestate, numquam 8
fuit testamentum: nam & ab initio nul-
lius fuit momenti, numquam valuit,
semper fuit inutile. *l.* 1. *ff. de injust.
rupt. l. si quis* 16. §. *ult. l. ex facto* §.
*Lucius ff. de vulg. princ. tit. Instit. de exhæ-
red. liber.* Quare nusquam in jure nostro
traditum est, hujusmodi testamentum
pendere, & in suspenso esse, sed semper
inutile, & nullius momenti, quia de-
functorum actus suspendi non possunt.
l. ult. in fin. ff. commun. præd. Suspende- 9
retur autem, & penderet ab approbatio-
ne filii, si eo abstinente subsisteret, &
non abstinente corrueret.

Præterea testamentum, quod jure Ci-
vili nullum est, numquam convalescit:
imo etsi ab initio valuerit, si postea
ruptum fuerit, amplius non reviviscit,
etiamsi removeatur causa, quæ testa-

 men-

mentum illud evertit. Sic prius testamentum non convalescit, etiamsi posterius, quo ruptum fuit, irritum fiat. §. *posteriore Instit. tit. quib. mod. testam.*
10 *infirm.* Sic testamentum, quod per capitis diminutionem irritum factum est, etiam cessante, & sublata causa non convalescit jure Civili, sed solum jure Prætorio. §. *alio autem modo* juncto §. *non tamen Instit. eod. l. penult.* §. 1. *ff. de bonor. possess. secund. tabul. l. posthumus* 12. *versic. idem & circa ff. de injust. rupt.* Sic testamentum, in quo præteritus est filius, non convalescit jure Civili, etiamsi filius vivo testatore moriatur. *princ. tit. Inst. de exhæred. liber. l. si filius 7. ff. de lib. & post.* Et hoc voluit significare Pomponius in *l. si primo 8. ff. de lib. & post.* illis verbis: *secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus hæres, quasi ab initio inutiliter institutus.* Et Legislator noster in *princ. tit. Inst. de exhæredat. liber.* ibi: *adeo quidem, ut si vivo patre filius moriatur, nemo ex eo testamento hæres existere possit, quid scilicet ab initio non constiterit testamentum.*
11 Solummodo convalescit testamentum, quod fuit factum irritum per captivitatem: sed necessaria fuit lex Cornelia, & jus postliminii ad ipsum confirmandum, quibus non tam confirmatur, quam fingitur, numquam fuisse irritum: cujus exemplo idem videtur constitutum etiam in restitutione damna-
12 torum facta a Principe. *l. si quis filio 6.* §. *quatenus penult. ff. de injust. rupt.* Ergo, si jure Civili neque testamentum, quod initio fuit nullum, neque testamentum, quod postea factum est irritum, convalescit, remota ac sublata causa, propter quam testamentum non valet; dubitari non potest, ne quidem convalescere, cum filius abstinet ab hæreditate.

Confirmatur, quia, etiamsi filius ille decessisset ante patrem, a quo fuit in testamento præteritus, tamen testamentum non convalesceret. *l. si filius* 13
7. ff. de lib. & post. princ. tit. Inst. de exhæred. liber. Imo si præteritus sit posthumus, initio, antequam nascatur, valet testamentum, & solum rumpitur nascente posthumo. §. *posthumi quoque. Instit. tit. de exhæred. liberor. l. 1. C. de post. hæred. instit.* Licet autem valeat initio, 14
licet rumpatur solum nascente posthumo, tamen ejus morte non reviviscit, nec ad pristinum statum redit *l. 2. C. eod.* Si testamentum non reviviscit morte filii, ob cujus præteritionem nullum fuit, aut ruptum; quanto minus reviviscere poterit filii abstentione? Filius, qui mortuus est vivo testatore, nec hæres est, nec esse potuit: filius, qui abstinet, & hæres esse potuit, & hæres fuit; antequam abstineret, statim a morte testatoris ipso jure; *l. 1.* §. *qui sunt* 15
in potestate ff. si quis omis. caus. testam. l. si post mortem. §. 1. *l. quæsitum 91.* §. *præsenti ff. de legat. 1. l. Julianus 86. ff. de cond. & demonst. l. si optio 13. ff. de opt. legat.* & denique hæres manet, etiam postquam abstinuit. *l. cum quasi* §. *sed etsi suus ff. de fideic. libert.*

Confirmatur evidentius. Si quis ita testatus fuerit: *si filius meus me vivo decesserit, Titius hæres esto;* non valet hujusmodi testamentum. *l. si quis cum 16. in fin. de vulgar. & pupill.* Et tamen nullum videtur obstare impedimentum huic testamento. Nam aut filius 16
decedit vivo patre, & tunc non potest obstare hæredi, qui sub ea conditione est institutus, quæ existit moriente filio. Aut non decedit, & tunc deficit institutio deficiente conditione. Itaque nec filius obstat hæredi, nec hæres obstat filio, quia ex natura institutionis simul concurrere non possunt: adeoque nec hæres institutus excludit filium, nec filius hæredem institutum. Sic igitur concludi licet. Non valet testamentum, quando hæres institutus est in eum casum, in quo filius hæres esse

non

non poteſt: ergo multo minus valebit
teſtamentum, quando ventum eſt ad
eum caſum, in quo, licet filius hæres
eſſe nolit, tamen vere hæres fuit, &
concurrit cum hærede inſtituto. Rurſus
probatur hæc ſententia, quia inſtitutio,
& exhæredatio filiorum eſt de forma
17 teſtamenti; *l. inter cetera ff. de lib. & poſtum.* forma autem hominum arbitrio
mutari non poteſt, quia mutata forma
18 actus interit. *l. Julianus 9. §. ſed ſi quis ff. ad exhibend.* Quamobrem hac in re,
& patris cautio inutilis eſt, *l. ult. ff. de ſuis, & legit. hered.* & patris, &
19 filii conventio. *l. ſi quando 35. §. illud C. de inoff. teſtam.* Prævalet enim privatorum cautioni, & voluntati legum
auctoritas. *d. l. ult. ff. de ſuis, & legit.*
Ergo, etiamſi filius maxime voluerit
teſtamentum ſubſiſtere, tamen non proinde teſtamentum convaleſcet, quod contra legum auctoritatem factum eſt.

Confirmatur ex *l. filius 15. ff. de con-*
20 *dit. inſtit.* Non poteſt inſtitui filius ſub
conditione, quæ non eſt in ejus poteſtate. *l. ſuus 4. ff. de hæred. inſtit. l. Lucius Titius 83. ff. de condit. & demonſtr.*
21 *l. 4. C. de inſtit. & ſubſtit.* Conditio impoſſibilis detrahitur a jure in inſtitutionibus, *l. 1. ff. de condit. inſtit. l. cum in ſecundo in fin. ff. de injuſt. rupt. l. multa §. 1. ff. de condit. & demonſtr. l. quæ ſub conditione §. mortuo ff. de cond. inſtit.*
ſicut etiam detrahitur conditio turpis:
nam omnes hujus generis conditiones
pro non ſcriptis habentur. *l. non dubitamus ff. de condit. & demonſtrat. l. conditiones, & l. pen. ff. de condit. inſtit. l. reprehendenda C. de inſtit. & ſubſtit. l. ſi a milite 30. §. edictum ff. de teſt. milit.*
Si filius ſit inſtitutus ſub conditione
turpi, vel impoſſibili, videretur dicendum, valere inſtitutionem, quia conditio illa pro non ſcripta habetur, eaque
22 detracta manet pura inſtitutio. Tamen
quia præteritio filii eſt contra formam
teſtamenti, & filius inſtitutus ſub conditione, quæ non eſt in ejus poteſtate,
pro præterito habetur, conditio illa non
detrahitur, & corruit teſtamentum. *d. l. filius 15. ff. de condit. inſtit.* Si igitur
ad ſuſtinendum teſtamentum nullum propter filii præteritionem lex ipſa non
detrahit conditionem, quam detrahere
ſolet ex aliis teſtamentis; ne ſubſiſtat
teſtamentum, in quo peccatum eſt contra formam ipſius teſtamenti; quanto
minus poterit id ſuſtineri ſola voluntate filii abſtinentis ab hæreditate? Non
videtur peccaſſe contra formam, qui adjecit eam conditionem, quæ habetur
pro non abjecta: ſed tamen eo ſolo,
quod adjecit illam conditionem, lex improbat, & evertit teſtamentum, & recuſat detrahere conditionem, ad ſuſtinendum teſtamentum. An igitur probabit teſtamentum, in quo filius non
eſt inſtitutus, ſed præteritus? in quo
filius abſtinet ab hæreditate, cum reprobet illud, ex quo filius conſequi
poſſet hæreditatem, quemadmodum eam
conſequuntur omnes alii, ſub eadem
conditione inſtituti? profecto id eſt plane abſurdum.

Præterea teſtandi facultas legibus certis eſt permiſſa, & a jure præſcripta
forma, quam tenemur obſervare; nec
quiſquam poteſt ei derogare, aut efficere, ut ſubſiſtat teſtamentum, in quo
forma illa ſervata non eſt. *l. teſtandi C. de teſtam.* Eſt enim juris Publici fa- 23
ctio teſtamenti: *l. 3. ff. eod.* & jus Publicum privatorum voluntate mutari non
poteſt. *l. jus Publicum ff. de pact. d. l. te-* 24
ſtandi de teſtam. Non poteſt igitur filius
abſtinendo derogare juri Publico, quo 25
hæc forma teſtatoribus præſcripta eſt,
ut filios aut inſtituant, aut exhæredent,
alias teſtamentum nullius momenti fit.
Facit ad rem text. *in l. 2. §. ſed quia veremur C. de jurejur. propt. calumn.*

Hoc idem probat evidenter text. *in* 26
l. Paulus 47. §. patroni ff. de bon. libert.
Patronus ob merita liberti conceſſit ei
li-

liberam testamenti factionem. Libertus
patronum in testamento præteriit. Re-
spondit Paulus, libertum non fuisse con-
secutum liberam testamenti factionem:
adeoque non impune patronum præte-
rit, etiamsi id fecerit voluntate ipsius
27 patroni. Patroni institutio non est de
forma testamenti, & patroni præteri-
tione non evertitur testamentum, sed
solum datur bonorum possessio contra
tabulas. §. 1. & 3. *Instit. tit. de success.*
libert. Filii institutio est de forma te-
stamenti, & filii præteritio subvertit
ipso jure testamentum, ut diximus. Sed
patronus voluntate sua non potest effi-
cere, ut impune prætereatur, ergo mul-
to minus filius.

His addo, quod ea, quæ fiunt ipso
jure, fiunt etiam nobis invitis, & con-
tra nostram voluntatem: supervacanea
enim est omnis opera, & voluntas ho-
minis in illis, quæ ipso jure fiunt, &
28 ab ipsa lege. *l. sed & socius* 17. §. *ult.*
ff. pro soc. Quapropter, quia filius est
ipso jure hæres patris, *l. nibil interest*
50. §. *longe ff. de bon. libert.* idcirco est
hæres patris etiam invitus. §. *sui. ver-*
sic. necessarii Instit. tit. de hæred. qual. &
differ. Sed testamentum, in quo præte-
riti sunt liberi, evertitur ipso jure: *l.*
maximum vitium §. 1. *C. de liber. præter.*
ergo evertitur etiam contra voluntatem
filii. Item, quoties aliquid ipso jure
rescinditur, non attenditur factum ho-
minis, & semper idem jus est, sive quid
factum fuerit, sive non fuerit. *l. mu-*
lieri, & Titio 74. juncta *l. hoc modo* 64.
§. 1. *ff. de condit. & demonstr.*

Ad alia jam progrediamur. Primum
est animadvertendum, quod in nostra *l.*
filio præterito, agitur de filio abstinen-
te. Beneficium abstinendi est a Præto-
29 re. §. *sui autem. versic. sed his In-*
stit. de hæred. qual. & differ. l. necessariis
ff. de acquir. vel omit. hæred. l. nam nec
emancipatus ff. de legat. 1.

Quomodo autem potest Prætor effi-
cere suo beneficio, ut jure Civili sub-
sistat testamentum, quod ab eodem jure
improbatur, cum Prætor juri Civili
derogare non possit? *l.* 1. §. 1. *ff. de fe-*
riis. Potest quidem Prætor ipse appro-
bare testamentum; non tamen potest 30
cogere jus Civile ad approbandum: ma-
xime quia Prætor hæredem facere non
potest. §. *quos autem Prætor Instit. tit.*
de bonor. possess. Non potest igitur efficere
hæredem eum, qui scriptus est in te-
stamento. Non potest autem subsistere
testamentum, si hæres esse non potest.
l. 3. *versic. Calpurnius ff. de his quæ in*
testam. delent.

Secundo, quod filius, qui abstinet ab
hæreditate, non solum hæres est, ante-
quam abstineat, *l.* 1. §. *qui sunt in po-*
testate ff. si quis omis. caus. testam. sed 31
etiam, postquam abstinuit, hæres ma-
net. *l. cum quasi* §. *sed etsi suus ff. de*
fideicom. libert. Est autem, & fuit hæ-
res ab intestato: ex testamento enim,
in quo præteritus est, hæres esse non
potest. Igitur, si testamentum jure Ci-
vili convalesceret, ipse esset jure Civi-
li hæres ab intestato; & hæredes scri-
pti in testamento eodem jure Civili es-
sent hæredes ex testamento, quod fieri
non potest. *l. jus nostrum ff. de reg. jur.*
Item si jus Civile facit filium hæredem
ab intestato; eumque, etiam postquam
abstinuit, pro hærede habet, non potest
comprobare & confirmare testamentum:
neque enim locus esse potest successioni 32
ab intestato, si valeat testamentum, &
successio ex testamento deferatur. *l. quam-*
diu ff. de acquir. vel omis. hæred.

Tertio, quod filius abstinet ab hæ-
reditate: a qua hæreditate? certe ab
hæreditate jam acquisita. Abstinemus
enim ab hæreditate acquisita. *l.* 1. §. *si* 33
quis adita ff. ad SC. Tertull. l. jam du-
bitare 86. §. *ult. ff. de hæred. instit. l. cum*
hæreditate 55. & *l. penult. ff. de acquir.*
hæred. Sed cujus generis hæreditatem
acquisivit? non testamentariam, quia ea
te-

testamento defertur : ille autem in testamento non fuit institutus . Ergo ab intestato . Defunctus igitur decessit intestatus , quia hæreditas ab intestato tunc tantummodo defertur, cum defunctus intestatus decessit . *Instit. tit. de hæred. quæ ab int. defer.* Defunctus autem decedit intestatus, cum testamentum non
34 valet. *princ. tit. Instit. eod. l. 1. in princ. ff. de suis & legit. hæred.*

His probe constitutis , quæ opponi possunt , argumenta confutemus . Primum autem , potest unusquisque contemnere ea , quæ pro se introducta sunt ; *l. si*
35 *judex ff. de minor.* & beneficio suo , suoque privilegio renunciare . *l. ult. C. de pact. l. invito ff. de reg. jur.* Poterit ergo filius approbare testamentum patris, in quo præteritus est : quod enim sit nullum propter præteritionem , favore filii videtur introductum . Item propter injuriam factam filiis , a lege improbatur
36 testamentum . *Authent. ut cum. de appel. cogn. §. hæc autem . in princ.* Sed volenti non fit injuria : *l. 1. §. usque adeo ff. de injur.* & omnis injuria remissione abolletur . *l. non solum* 11. *§.* 1. *ff. de injur. §. hæc actio. tit. eod. l. qui res* 98. *§. aream ff. de solut.*

Confirmatur exemplo emphyteusis , in qua si emphyteuta per biennium canonem non solvat , decidit ab emphyteusi:
37 sed quia hoc respicit commodum domini , decidit solum , si Dominus volue-
38 rit . *l. 2. C. de jure emphyteut.* Item si alienatio rei , fideicommisso subjectæ , sit interdicta favore fideicommissariorum , consentientibus fideicommissariis valebit alienatio *l. quoties ab omnibus* 11. *C. de fideicom. l. cum pater. §. liber-*
39 *tis ff. de leg.* 2. Non valet judicium , si procurator agat sine mandato . *l. licet C. de procurat.* Si tamen dominus ratum habeat, quod gestum est , convalescet . *l. licet . ff. de judic.*

Nullius momenti est argumentum . Falsum est enim, quod assumitur. Testamentum , in quo præteritus est suus
hæres , nullum est : non tamen favore 40
ipsius filii , aut ad vindicandam ejus injuriam. Hoc admisso illud consequens esset, etiam filio exhæredato nullum esse debere testamentum : magis enim afficit injuria filium , qui eum nominatim exhæredat , & expresse repellit ab hæreditate , quam qui silentio prætermittit , & ad hæreditatem non vocat . Major est injuria quemquam expellere,
quam non invitare . Itaque in *Auth.* 41
ut eum . de appellat. cognosc. §. hæc autem , non de præteritione agitur, sed de exhæredatione, quæ vere injuria est, & ad quam vindicandam datur querela inofficiosi . Et tamen præteritio vitiat testamentum , exhæredatio non vitiat . *l. inter cetera ff. de liber. & posthum. princ. tit. Instit. de exhæred. liber.*

Illud quoque falsum est , favore filiorum constitutum fuisse , ut propter præteritionem nullum sit testamentum . Quid enim rei est , cur non sit pariter nullum & propter exhæredationem ? cur liberi præteriti veniant ab intestato , &
quidem etiam inviti ? *§. sui autem . in* 42
fin. Instit. tit. de hæred. qual. & differ. Sane beneficium omne desinit esse beneficium , si cogas : beneficium enim invito non datur . *l. invito ff. de reg. jur.* Et vero quod beneficium est , ut filius cogatur etiam damnosæ hæreditatis onus subire ? Itaque Prætor misertus liberorum, ut eos removeret ab oneribus non sponte susceptis , abstinendi beneficium introduxit . *l. si filius* 12. *ff. de vulgar.* Enimvero si beneficium est id , quod Prætor ipsis pollicetur, ut abstinere possint ab hæreditate ; non est beneficium necessitas suscipiendæ hæreditatis . Hac autem necessitate fit, ut nullum sit testamentum, in quo filius est præteritus.

Quod igitur testamentum sit nullum ob præteritionem liberorum , id certa juris ratione constitutum est , non favore liberorum . Etenim cum filius, & pa-

pater eadem persona censeantur, *l. ult. C. de impuber. & al. substit.* filius etiam vivo patre quodammodo dominus bonorum paternorum fingitur; ac propterea ejus morte filius non tam dominium acquirit bonorum paternorum, quam eo-
43rum liberam administrationem. Dominium enim non transfertur in filium moriente patre, sed continuatur. *l. in suis* 11. *ff. de liber. & post.* §. *sui autem Instit. tit. de hæred. qual. & differ.* Non potest igitur pater dominium in alium transferre, eum hæredem instituendo, nisi prius ipsum adimat filio: cum non possint esse duo domini in solidum. *l.*
44*si ut certo* §. *si duobus ff. commod.* Et cum filius sit hæres patris ipso jure statim a morte patris. *l. in suis ff. de suis & legit. hered. l. nihil interest* §. *longe ff. de bon. libert.* non potest hæres esse ille, quem pater instituit in testamento, quia duo hæredes in solidum esse non possunt. *l. quod contra* 141. *ff. de reg. jur.* Necesse est igitur, non valere ejusmodi testamentum, quod hæredem non habet. *l.* 3. *versic.* Calpurnius *ff. de his quæ in testam. del.* Hinc præteritio vitiat testamentum, non vitiat
45exhæredatio. Nam qui filium exhæredat, eum removet ab hæreditate, *l. non putavit. in princ. ff. de bonor. poss. contr. tab.* adeoque remoto filio locum facit hæredi, quem instituit. At, qui filium silentio prætermittit, neque eum removet ab hæreditate, neque ab eo dominium avocat; adeoque nec hæres institutus hæres esse potest, nec in eum transferri dominium, quod continuatur in filium.

Præterea etsi demus, id favore filiorum fuisse constitutum; tamen illud proinde non consequitur, filium posse huic favori renunciare, adeo ut hac renunciatione reviviscat testamentum, quod erat ipso jure nullum. Nemo enim potest sua renunciatione aut mutare solemnia juris, aut formam actus: quia cum hæc a lege præscribantur, hominis voluntate mutari, & perverti non possunt. *l. nemo potest ff. de leg.* 1. Nam licet re-46
spiciant etiam favorem singulorum, tamen respiciunt etiam jus Publicum, quod privatorum pactis mutari non potest. *l. jus Publicum ff. de pact. l. ult. ff. de suis & legit. hæred.* Quare licet solemnitas septem testium constituta sit favore testatoris, ne qua fraus, aut dolus obrepat; *l. ult. C. de fideicom.* tamen testator huic solemnitati renunciare non potest, nec cavere, ut sustineatur testamentum sine hac solemnitate. *l. si unus C. de testam.* Licet necessitas instituendi patronum vergat in favorem patroni; tamen hanc necessitatem patronus remittere non potest. *l. Paulus* 47. §. *Patro-*47
ni ff. de bon. libert. Licet querela inofficiosi testamenti tendat in favorem filii exhæredati, tamen filius patri nequit hoc jus remittere. *l. si quando* 35. §. *illud C. de inoff. testam.* Licet jusjurandum respiciat favorem litigantium, tamen ipsorum conventione huic renunciari non potest. *l.* 2. §. *sed quia veremur C. de jurejur. propt. calumn.* Et infinita in jure nostro occurrunt exempla.

Secundo opponi potest, quod, cum non omnes conditiones suspendant actum, sed sint quædam conditiones resolutivæ, quarum eventu actus, qui initio valebat, resolvitur; *l.* 2. *ff. de in diem addict. l.* 1. *ff. de leg. commiss.* nihil im-48
pedit, quominus testamentum sit initio nullum, & postea filio abstinente resolvatur hæc nullitas, & testamentum convalescat. Sic testamentum, quod initio valet, postea resolvitur hærede non adeunte hæreditatem. *l. si nemo* 181. *ff. de reg. jur. l. eam quam C. de fideicom.* Si legatarius a se repulerit legatum, numquam videtur ejus dominus fuisse: *l. si tibi homo* 88. §. *cum servus ff. de legat.* 1. licet dominium statim, & recta via transeat in legatarium. *l. a Titio* 64. *ff. de furt.*

Respond. quod, si filio abstinente resolveretur nullitas testamenti, non opus fuisset confugere ad æquitatem, ut su-
49 stineatur voluntas testatoris: nam si nullitas testamenti penderet a conditione resolutiva, existente conditione nullitas resolveretur; eaque resoluta testamentum ipso jure subsisteret, ut accidit in exemplis allatis.

Præterea haud scio, an usquam detur conditio resolutiva nullitatis. Datur quidem conditio resolutiva actus: sed conditio resolutiva nullitatis videtur esse suspensiva actus, præsertim cum agitur de hæreditate, in qua conditio
50 & aditio retrotrahitur ad tempus mortis. *l. hæres quandoque ff. de acquir. hæred.* Nam si resolvitur ab initio nullitas, valet testamentum; si non resolvi-
51 tur, numquam valuit. Itaque dum incerta est hæc resolutio, in suspenso est, an valeat vel non valeat testamentum.

Sed impugnatur responsio ex *l. filio præterito ff. de injust. rupt.* ubi dicitur sustineri testamentum ex bono & æquo: ergo de jure Civili, quod bonum & æquum est. *l. 1. ff. de just. & jur.*

Resp. quod in ea lege juris nomen in genere accipitur, & comprehendit jus Naturale, jus Gentium, jus Civile, jus Prætorium; adeoque non potest ita concludi: sustinetur ex bono & æquo; ergo sustinetur jure Civili: maxime si sumamus jus Civile in specie, tamquam
52 distinctum a jure Prætorio. Licet omne jus sit bonum & æquum; tamen id maxime omnium convenit juri Prætorio, quia Prætor semper æquitatem sequitur: minime omnium convenit juri Civili, quod sæpenumero opponitur æquitati. *l. 2. §. quamquam ff. de aqua, & aqua pluv.* Donat. *in Terent. in Adelph. act. 1. sc. 1. Inter jus, & æquitatem hoc interest: jus est, quod omnia recta, & inflexibilia exigit: æquitas est, quæ de*
53 *jure multum remittit.* Senec. *lib. 7. controv. 4. Albutius non juris fecit illam quæstionem, sed æquitatis.* Symmach. *epist. 52. lib. 10. In plerisque causis alterum jure, alterum æquitate niti.* Cic. *pro Cæcin. Si contra verbis, & litteris, & ut dici solet, summo jure contendatur, solent hujusmodi iniquitati, æqui & boni nomen dignitatemque opponere.* Quintilian. *lib. 4. Est aliquid æquum, sed prohibitum jure.* Et in nostra *lege filio præterito* æquitas juri opponitur, ibi: *licet subtilitas juris refragari videatur.*

Posset etiam opponi text. in *l. inter cetera ff. de liber. & post.* considerando verbum illud, *rumpatur:* quod enim ipso jure nullum est, non rumpitur, 54
nec rumpi potest. *l. nam etsi 5. vers. post defectum ff. de injust. rupt.*

Resp. quod rumpitur quidem testamentum, sed rumpitur statim, & rumpitur ipso jure: *l. maximum vitium C. de liber. præt.* hoc est, testamentum est nullum, est inutile. Sic enim in laudata *l. inter cetera ff. de lib. & posthum.* explicatur in fine legis verbum illud *rumpatur.* Et merito: quia testamentum vere fecit testator. Cur igitur hujusmodi testamentum nullum est? cur testator decedit intestatus, perinde ac si testamentum non fuisset? nempe, quia testamentum statim rumpitur, & infringitur a lege. Quapropter in *l. ex facto* 55
§. Lucius Titius ff. de vulgar. pro eodem accipit Paulus infirmari testamentum, & testamentum nullius esse momenti. In eadem significatione hæc accipiuntur in *l. 1. §. 1. ff. de fer. l. juris gentium 7. §. & generaliter ff. de pact.* Nam, quod ex 56
post facto rescinditur, utique aliquando valuit: quod autem statim rumpitur, & evertitur ipso jure, & a lege, quæ non indiget tempore ad operandum, semper fuit nullum.

CAPUT XI.

Ad eamdem l. filio præterito ff. de injust. rupt.

SUMMARIUM.

I. Ex testamento rupto nihil peti potest.
II. Testamentum aut jure Civile, aut jure Prætorio valet.
III. Filio præterito abstinente testamentum jure Prætorio convalescit. Probatur nn. seqq. per tot.
IV. Verba ex bono & æquo *maxime conveniunt Prætori, qui semper æquitatem spectat.*
V. Tuendi *verbum ad Prætorem refertur.*
VI. Filio præterito abstinente, Prætor dat scriptis heredibus bonorum possessionem secundum tabular eum re & n. 13.
VII. Per beneficium abstinendi heres necessarius a Prætore habetur pro voluntario.
VIII. Abstinens a Prætore non habetur pro herede.
IX. Prætor non potest improbare testamentum, cum dat præterito beneficium abstinendi.
X. Cum filius a jure pro voluntario habetur, testamentum sustinetur.
XI. Testamentum, in quo præteritus est filiur, jure Prætorio non est nullum: & quare & n. 26.
XII. Institutio & exhæredatio non est de forma testamenti Prætorii.
XIV. Quod Prætor impugnat, non est ipso jure nullum. Contraria sunt inter se fieri aliquid ipso iure, & jure Prætorio.
XV. Quoad Prætorem in pari causa sunt omnes liberi.
XVI. Filio instituto sub conditione Prætor dat bonorum possessionem secundum tabulas.
XVII. Datur hæc solum rite institutis.
XVIII. Successio Prætoria ex testamento duplex, secundum, & contra tabulas.
XIX. Filio exhæredato valet testamentum, & quare.
XX. Cessante bonorum possessione contra tabulas, Prætor dat ex testamento secundum tabulas.
XXI. Bonorum possessio contra tabulas datur etiam institutis, commisso per alium præteritum edicto.
XXII. Quoties testamentum sola juris subtilitate non valet, sustinetur a Prætore. Vide exempla numer. seqq. & n. 28.
XXVII. Agnatione posthumi, posteriore testamento, capitis diminutione non rumpuntur testamenta jure Prætorio.
XXIX. Institutio non debet ex alieno arbitrio pendere.
Et multo minus delatio hæreditatis.
XXX. Distinguitur hæc propositio.
XXXI. Repudians, & abstinens non potest dici arbiter, & dator hæreditatis, quia a lege, vel Prætore ea datur.
XXXII. Exempla, quibus in alicujus potestate est ipsa delatio hæreditatis. & 33.
Herede non adeunte corruit substitutio pupillaris.
XXXIII. Et corruit exhæredatio.
XXXIV. Filio præterito succeditur ab intestato per bonorum possessionem unde liberi. *Distingue ut n. 35.*
XXXVI. Exhæredatis non datur bonorum possessio contra tabulas.
XXXVII. Si præteritus petat contra tabulas, datur exhæredato querela: si vero dicat testamentum nullum, datur bonorum possessio unde liberi.
XXXVIII. Ex testamento, in quo præteritus est suus hæres, nemo hæres esse potest.
XXXIX. Non potest filius abstinere ab hæreditate non delata.
XL. Non defertur ab intestato, nisi cesset ex testamento.
XLI. Jus Civile non defert hæreditatem ex eo testamento, in quo præteritus est filius: secus est de jure Prætorio.
XLII. Olim in suis non erat successio.

TEstamentum, in quo præteritus est suus hæres, etiamsi ille abstineat hæreditate, tamen jure Civili non convalescere, supra demonstratum est. Constat tamen, legata, & libertates esse præstandas, & tuendam voluntatem testatoris. *l. filio præterito in fin. ff. de injust. rupt.* Constat etiam, ex testamento 1
rupto nihil peti posse. *l. 1. ff. de posthum. hæred. instit.* Consequens igitur est,
ut dicamus, testamentum jure Prætorio 2
sustineri. Omne enim testamentum aut jure Civili, aut Prætorio subsistit. *l. testamentum ff. qui testam. facere poss.*

Secundo probatur perpendendo verba 3
Papiniani in eadem *l. filio præterito*, quæ maxime sunt accommodata ad irdicandum jus Prætorium. Ac primum 4
verba illa *ex bono & æquo*, Prætori maxime conveniunt, *l. si domus 71. §. in pecunia ff. de legat. 1. l. non solum*

11.

11. §. 1. *ff. de injur. l. & si quis* 14. §. *hac actio ff. de religios. & sumptib. funer. l.* 5. §. *hoc autem ff. de his qui dejec.* qui semper æquitatem sectatur, *l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de constit. pecun. l.* 1. *ff. de collat. l.* 1. *ff. quod quisque jur. l.* 1. *ff. de legat. præst. l.* 1. *ff. de minor. l.* 1. *ff. quod falso tutor. l.* 3. *C. qui bon.*
5 *ced. l.* 2. *ff. unde cognati*. Accedit *tuendi* verbum, quod ad Prætorem fere semper referri solet: *l.* 1. §. *proponitur ff. de superfic. l.* 1. §. *hoc interdicto ff. de itinere act. privato l.* 4. §. 1. *ff. de doli & met. exc. l.* 1. §. 1. *ff. ne vis fiat ei, l. ult. in princ. versic. hoc casu ff. de jurejur. l. mancipiorum ff. de option. legat. l.* 1. *ff. quib. mod. usufs. l. si ususfructus* 9. §. *illud, ff. usufr. quem caveat*. & maxime cum agitur de bonorum possessione, quæ est successio Prætoria, & sola nititur auctoritate & jurisdictione Prætoris, ut in *l.* 1. §. *ult. & in l.* 2. *ff. si tab. testam. nullæ exstab. l.* 1. §. *ibidem. ff. de collation. l.* 1. *ff. de ventre in poss. mitt. l.* 1. §. *si sub ea conditione, & l. si sub conditione* 5. *ff. de bonor. poss. secund. tabul. l.* 3. §. *si sub ea conditione. l. filium* 20. *ff. de bon. poss. contra tab. l. ult.* §. 1. *ff. de legat. præst.* Recte igitur in nostra lege dixit Papinia-
6 nus, tueri voluntatem defuncti: quia Prætor hæredibus scriptis in testamento dat bonorum possessionem secundum tabulas, quæ cum re, & effectu est, filio abstinente, ut infra probabimus; atque ita tuetur voluntatem defuncti, hoc est tuetur ipsum testamentum: ita enim usurpantur hæc verba in *l. si suscepto* 29. *in princ. ff. de inoffic. testam.*

III. Prætor in ea lege dat beneficium abstinendi filio præterito: beneficium enim abstinendi a Prætore datur. §. *sui autem in fin. Inst. tit. de hæred. qual. & differ. l. necessariis ff. de acquir. vel omit. hæred. l. nam nec emancipatus ff. de legat.* 1. ergo Prætor, cujus beneficio filius præteritus approbat testamentum paternum, debet idem testamentum confirmare, ac tueri.

Confirmatur, quia per beneficium abstinendi, filius, qui jure Civili est hæres necessarius, a Prætore habetur quasi voluntarius. *l. nam nec emancipatus* 7
ff. de legat. 1. Quemadmodum igitur valeret testamentum, si præteritus esset hæres voluntarius; ita, quoad Prætorem, sustineri debet testamentum, in quo præteritus est is, qui quoad Prætorem est voluntarius.

Et licet suus hæres pro voluntario non habeatur, si nolit uti beneficio Prætoris, quia Prætor dat hoc beneficium solummodo volentibus; §. *sui autem Inst. tit. de hæred. qual. & differ.* tamen filium, qui abstinuit, hæredis loco non habet. *l. si filius* 12. *ff. de interrogat. in jure fac.* Nulla igitur est ratio, cur 8
a Prætore non sustineatur testamentum illud, in quo præteritus est ille, qui a Prætore non solum habetur pro voluntario, sed etiam removetur ab hæreditate, & pro hærede non habetur. Absurdum enim esset a Prætore reprobari testamentum illud, quod nullo vitio laborat. An enim Prætor judicabit vitiosum esse illud testamentum, in quo testator non vocavit ad hæreditatem eum, quem Prætor ipse removit ab hæredi- 9
tate? secum ipse pugnaret Prætor, si improbaret voluntatem testatoris non instituentis hæredem eum, quem ipse pro hærede non habet. Testator filium hæredem esse non vult: Prætor pariter eumdem hæredem esse non vult. Est igitur Prætoris voluntas consentanea voluntati testatoris. Quomodo ergo potest improbare voluntatem testatoris, & denegare bonorum possessionem hæredibus institutis?

Confirmatur evidentius, quia, quoties suus hæres jure Civili fit hæres voluntarius, valet jure Civili testamentum, & hæres institutus non repellitur ab adeunda hæreditate: ergo etiam, quo-

I 2

quoties suus hæres, quoad Prætorem, est hæres voluntarius, valebit jure Prætorio testamentum, & hæres institutus non repelletur a successione prætoria,
10 hoc est a bonorum possessione. Jure Civili suus hæres fit hæres voluntarius, quando a parente fuit hæres institutus sub conditione arbitraria. Potest enim parere conditioni, & hæres esse: potest & conditioni non parere, quo casu hæres non erit, & potius voluntate sua videbitur a se abdicasse hæreditatem, quam a patre fuisse privatus. Quapropter, si non pareat conditioni, patrem intestatum non facit, & hæres institutus admittitur. *l. suus 4. ff. de hæred. instit.* Jure Prætorio fit hæres voluntarius per beneficium abstinendi: *l. nam nec emancipatus ff. de leg.* 1. & abstinendo abdicat a se hæreditatem, & a Prætore pro hærede non habetur. *l. si filius 12. ff. d. interr. action.* Sicut igitur jure Civili hæres institutus in testamento admittitur, quando suus eo jure habetur pro voluntario, & a se abdicavit hæreditatem; ita jure prætorio debet admitti, quoties suus a Prætore habetur pro voluntario, & a se abdicavit hæreditatem beneficio Prætoris. Atque id tanto magis, quia in eo concurrit solum ipsius voluntas abdicandi hæreditatem: in hoc præter voluntatem ipsius concurrit etiam jurisdictio Prætoris, cujus auctoritate abstinet ab hæreditate. Quamobrem tenetur quodammodo Prætor approbare testamentum, quod filius Prætoris auctoritate fictus approbavit.

IV. Testamentum, in quo præteritus est filius, licet sit jure Civili nullum: *l. 1. ff. de injust. rupt. l. inter cetera ff. de suis & legit. hæred. l. maximum vitium C. de liber. præter.* tamen jure prætorio non est ipso jure nullum, etiamsi a Prætore improbetur, & a filio im-
11 pugnetur. Ac propterea Prætor adversus hujusmodi testamentum dat bonorum possessionem contra tabulas. *§. sunt autem Inst. tit. de bonor. possess. §. emancipatos Instit. tit. de exhæred. liber. l. 1. ff. de bonor. possess. contr. tab.* At bonorum possessio contra tabulas est ex testamento. *§. sunt autem Instit. tit. de bon. possess.* Et per eam succeditur ex testamento, non ab intestato. *l. 1. §. ita autem ff. unde liberi. l. quis autem 6. §. hoc edictum ff. si quis omis. caus. testam.* Imo bonorum possessio contra tabulas non datur, nisi testamentum sit validum, & saltem jure Prætorio subsistat. *l. si duobus 12. in fin. versic. & ita jus habet l. quod vulgo 21. ff. de bonor. possess. contr. tab. l. 1. §. si hæres ff. si tab. testam. null. exstab.* Igitur de jure Prætorio non est ipso jure nullum testamentum, in quo præteritus est filius. 12
Et ratio duplex est. Prima, quia Prætor in suo testamento non exigit pro forma institutionem, & exhæredationem liberorum, quæ solum jure Civili exiguntur; sed sufficiunt signa septem testium. *§. sed prædicta Instit. tit. de testam. ordinan. l. cum tabulæ & l. ut bonorum ff. de bonor. possess. cont. tabul.* Et ideo, licet testamentum jure Civili ruptum fuerit propter præteritionem, ta- 13
men Prætor dat ex eo testamento bonorum possessionem secundum tabulas, ut ait Ulpian. *in fragment. tit. quemad. testam. rump. Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet jure Civili ruptum, vel irritum factum sit, Prætor scriptis hæredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat.* Altera ratio est, quia, quod lex improbat, potest esse ipso jure nullum, & pro infecto haberi. *l. non dubium C. de legib.* Quod vero im- 14
probat, & impugnat Prætor, non fit ipso jure nullum, cum Prætoris auctoritas non habeat vim legis. Sunt enim hæc inter se contraria, fieri aliquid ipso jure, & fieri jure Prætorio, vel tuitione Prætoris *l. 1. ff. quib. mod. ususfruct. amitt. l. 1. in fin. ff. de superfic. l. 1. §. penult. ff. quod falso tutor. l. si ususfru-*

fructus 9. §. *illud ff. usufruct. quemad.*
cav. princ. tit. Instit. de perpet. & temp.
act. Impugnat igitur Prætor testamen-
tum, in quo præteritus est filius, non
tamen illud rescindit, aut reddit ipso
jure nullum, aut defunctum facit inte-
statum, ut alias luculente demonstra-
vimus.

Confirmatur, quia ratio, propter
quam testamentum jure Civili nullum
est præterito filio in potestate existente,
tota est juris Civilis, & cessat jure
Prætorio. Ratio enim, cur testamentum
ob præteritionem sit ipso jure nullum,
nititur fictione juris Civilis, quod fin-
git filios etiam vivo patre quodammo-
do dominos bonorum paternorum, &
continuationem dominii in filios, mor-
tuo patre, *l. in suis* 11. *ff. de liber. &*
15 *posthum.* ut supra copiose exposuimus.
Hæc autem fictio, hæc continuatio a
Prætore non attenditur: nam ipse in
pari causa habet emancipatos, & exi-
stentes in potestate, & omnes eodem
modo admittit ad successionem. §. *eman-*
cipatos Inst. tit. de exhered. liber. & ne-
mo acquirit Prætoriam successionem ipso
jure, sed omnes petere debent & agno-
scere bonorum possessionem. Itaque,
cum jus Prætorium suos hæredes non
faciat; nec imponit necessitatem eos
instituendi, aut exhæredandi, nec sta-
tuit, nullum esse testamentum, in quo
præteriti fuerunt.

Item confirmatur, quia jure Civili
testamentum nullum est, etiam cum fi-
lius fuit institutus sub conditione, quæ
non est in ejus potestate: cum enim de-
ficere possit, pro præterito habetur. *l.*
suus 4. *ff. de hæred. instit. l.* Lucius 83.
ff. de condit. & demonstr. l. 4. *C. de In-*
16 *stit. & substit.* Et tamen ex hoc testa-
mento Prætor dat bonorum possessionem
secundum tabulas: *l.* 2. §. 1. *ff. de bo-*
nor. possess. sec. tab. quam bonorum pos-
sessionem dat solummodo jure scriptis
17 hæredibus, & utiliter institutis. §. *sunt*
autem Instit. tit. de bonor. possess. l. hi de-
mum 6. *ff. de bonor. possess. secund. tabul.*

His positis, cum mortuo patre omni-
no deferri debeat ejus successio: necesse
est, ut deferatur aut successio ex testa-
mento, aut ab intestato: neque enim
ullum aliud est genus successionis. §.
ult. Instit. tit. per quas person. cuique ac-
quiritur. Non potest jure Prætorio de-
ferri successio ab intestato, quia, cum
jure Prætorio subsistat testamentum, de-
functus non decessit intestatus. *princ. tit.*
Inst. de hæred. quæ ab int. l. 1. *ff. de*
suis, & legit. hæred. Sequitur igitur ut
deferatur successio ex testamento. Suc-
cessio Prætoria ex testamento duplex
est: contra tabulas, & secundum tabu-
las. §. *sunt autem Instit. tit. de bonor.* 18
possess. bonorum possessio contra tabulas
locum habere non potest, quia filius,
cui competebat, abstinuit hæreditate.
Superest igitur solummodo bonorum pos-
sessio secundum tabulas. Nec potest Præ-
tor aliam bonorum possessionem dare, si
vult aliquam bonorum possessionem da-
re, ut semper dat.

V. Filio exhæredato valet jure Civi-
li testamentum; & scriptis hæredibus
ex testamento defertur hæreditas. *princ.* 19
tit. Inst. de exhæred. liber. princ. tit. In-
stit. de inoffic. testam. l. Papinianus 8. §.
si conditioni, versic. quoniam ff. de inof-
fic. test. Atque id non alia ratione, ni-
si quia pater filium exhæredando avo-
cat ab eo dominium bonorum paterno-
rum, quod vivo patre habere fingeba-
tur, eoque mortuo in ipsum continua-
tur, ut in superiore exposuimus. At-
qui hæc continuatio non obtinetur jure
Prætorio, sed tantum fictione juris Ci-
vilis: & per beneficium abstinendi Præ-
tor avocat a suo hærede dominium, si-
cut avocat testator eum exhæredando.
Ergo, sicut filio exhæredato admittitur
hæres institutus ad hæreditatem, ita fi-
lio abstinente debebit hæres institutus
admitti ad bonorum possessionem: ma-
xime

xime cum Prætor admittat ad bonorum possessionem hæredem institutum, quando filius fuit exhæredatus, & ab eo avocatum dominium a patre. Quanto magis eumdem igitur admittere debet, quando ipse dominium illud a filio avocavit?

VI. Prætor scriptis hæredibus dat bonorum possessionem secundum tabulas, & sequitur judicium defuncti, quoties a liberis occupata non fuit bonorum possessio contra tabulas: quare, si aut tempus ejus petendæ fuerit finitum, aut eam repudiaverint, aut ante decesserint, vel jus petendæ bonorum possessionis amiserint, tunc revertitur bonorum pos-

20 fessio ad scriptos. Ita Ulpianus in *l. 2. in princ. ff. de bonor. possess. secund. tab.* Idem Ulpian. *in fragm. tit. de possess. daud. Secundum tabulas bonorum possessio datur scriptis hæredibus, scilicet, si eorum, quibus contra tabulas competit, nemo sit, aut petere nolit*. Et in titulo *quemadmod. testam. rumpantur: Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet jure Civili ruptum, vel irritum factum sit, Prætor scriptis hæredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator & civis Romanus, & suæ potestatis, cum moreretur, fuit: quæ bonorum possessio cum re, id est cum effectu habetur, si nemo alius jure hæres sit*. Quare Imperator Alexander in *l. 2. C. de bonor. possess. contra tab.* ait, *bonorum possessionem secundum tabulas locum habere non posse, si petita sit bonorum possessio contra tabulas:* quo tacite innuit, quod, si contra tabulas petita non sit, locum habet secundum tabulas: Argumento text. in *l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Ex quibus evidentissime constat, quod filio præterito abstinente, Prætor sequitur judicium defuncti, & dat scriptis hæredibus bonorum possessionem secundum tabulas: nam quoties filius abstinet ab hæreditate, repudiat bonorum possessionem contra tabulas, & ejus petendæ jus amittit.

Imo in casu proposito in nostra *l. filio præterito ff. de injust. rupt.* in qua instituti fuerunt fratres abstinentis, habent illi bonorum possessionem contra tabulas, si velint, quia per filium præteritum committitur edictum, etiamsi non petierit. *l. nonnumquam* 14. *& ll.21 seqq. ff. de leg. præst. l. si post mortem* 10. *§. ult. ff. de bonor. poss. contra tab.*

Denique in nostra *l. filio præterito ff. de injust. rupt.* testamentum non valet mera juris subtilitate, ibi: *licet subtilitas juris refragari videatur*, sed quo- 22
ties testamentum non valet juris subtilitate, sustinetur a Prætore per bonorum possessionem. Probatur id primo, quia si posthumus sit præteritus, & nascatur post conditum testamentum, statim rumpit testamentum, nec convalescit testamentum, etiamsi posthumus vivo testatore moriatur. *l. 2. C. de post. hæred. l. si a primo* 8. *in fin. ff. de liber. & post.* Quia tamen nimia juris scrupulositate, 23
ac subtilitate ruptum videtur, bonorum possessionem secundum tabulas accipere hæres scriptus potest. Sunt verba Ulpiani in *l. posthumus* 12. *ff. de injust. rupt.* Utrobique testamentum rumpitur præteritione sui hæredis: utrobique testamentum non valet juris subtilitate. Ex hoc testamento constat dari bonorum possessionem secundum tabulas: cur non detur etiam ex illo?

Probatur alio exemplo. Si testamentum factum fuerit irritum capitis di- 24
minutione, licet tollatur capitis diminutio, & testator ad pristinum statum revertatur, tamen testamentum jure Civili non valet. Quoniam vero, si testator declaret, se manere in pristina voluntate, & velle decedere cum eo testamento, sola juris subtilitas refragatur, Prætor tuetur voluntatem defun-

cti,

cti, & dat scriptis hæredibus bonorum possessionem secundum tabulas. *l. qui ex liberis §. testamento. ff. de bonor. poss. sec. tab. §. alio autem modo.* juncto §. *non tamen Instit. tit. quib. mod. test. infirm.*

Alterum exemplum habetur in eadem *l. qui ex liberis §. testamento*. Si quis posteriore testamento facto postremas tabulas incidisset, ea mente, ut prius testamentum valeret; prius testamentum, licet jure Civili non valeat, ruptum a
25 posteriore, *§. posteriore Inst. tit. quib. mod. testam. inf.* tamen sustinetur jure Prætorio, & datur a Prætore bonorum possessio secundum tabulas scriptis in primo testamento. Alterum exemplum est in *l. posthumus* 12. *versic.* idem & circa
36 injustum *ff. de injust. rupt.* Animadvertendum autem est, quod in superioribus exemplis, quantum attinet ad jus Prætorium, testamenta illa vere non rumpuntur, aut irrita fiunt; sed scriptis hæredibus petentibus bonorum possessionem secundum tabulas, aut obstat bonorum possessio contra tabulas, quam Prætor dat liberis præteritis, aut obstat exceptio mutatæ voluntatis. Obstat bonorum possessio contra tabulas, quia, quando liberi præteriti fuerunt in testamento sive posthumi, sive jam nati, Prætor æquissimum ordinem sequitur dando prius bonorum possessionem contra tabulas liberis præteritis, mox secundum tabulas scriptis hæredibus, cessante contra tabulas. Quare mortuo posthumo, aut filio præterito, aut eo abstinente, non reviviscit proprie testamentum, quod jure Prætorio numquam fuit extinctum, aut ruptum; sed tollitur impedimentum bonorum possessionis contra tabulas, quæ obstabat, quo minus a Prætore daretur possessio secundum tabulas scriptis hæredibus: *l. 2. C. de bonor. possess. contr. tab. l. 2. in princ. ff. de bonor. possess. secund. tab.* in qua sunt observanda verba illa: *tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos*. Revertitur ad scriptos, quia & ante non erant penitus exclusi, sed solum obstabat ipsis impedimentum bonorum possessionis contra tabulas, quæ præfertur, ac prævertit bonorum possessionem secundum tabulas. Sublato hoc impedimento revertitur ad eos bonorum possessio, ad quam & antea erant vocati.

Obstat exceptio, quoties aut testamentum ruptum est posteriore testamento, aut factum irritum capitis diminutione: quia jure Prætorio vere non 27
concidit testamentum, sed scripto hæredi opponitur exceptio doli deficiente voluntate testatoris, qui primam voluntatem mutavit, cum secundum condidit testamentum, aut cum se dedit in arrogationem. *d. l. qui ex liberis §. testamento*. Quoties autem testator ad primam voluntatem regressus est, aut incidendo secundum testamentum, aut factus sui juris declarando voluntatem suam, tunc infringitur illa exceptio, & vires amittit: quia eam opponens nullum jus habet, cum opponat, mutatam fuisse a testatore voluntatem, qui cum ea voluntate decessit, & nova voluntate primam voluntatem confirmavit. Si testamentum concidisset, nuda voluntate revocari non posset, sed necessarium esset novum testamentum. Quia testamentum jure Prætorio non concidit, sed solum ope exceptionis infirmatur; ad elidendam hanc exceptionem sufficit nuda voluntas testatoris. Hæc sunt, quæ breviter indicantur in *d. l. qui ex liberis*.

Ex his apparet, quod, quando testamentum non deficitur voluntate testatoris, sed sola juris subtilitas refragatur, Prætor ex eo dat bonorum posses- 28
sionem secundum tabulas: quia Prætor in testamento solum requirit signa septem testium, & ut testator, cum moritur, sit civis Romanus, & suæ potestatis, ut docet Ulpianus in *fragment. loco laudato*. Illud etiam explorati juris

ris est, ejusmodi testamenta jure Prætorio nulla atque inutilia non esse; sed vires non habere, quamdiu ipsis obstat aliquod impedimentum vel exceptionis, vel bonorum possessionis contra tabulas; sublato autem impedimento vires suas recuperare, & scriptos hæredes cum re bonorum possessionem obtinere.

Expendamus modo, quid contra possit opponi. Primum autem illud est, quod non debet esse in potestate cujusquam, ad quem bona, & hæreditas
29 alterius debeant pertinere, quia institutio ex alieno arbitrio pendere non debet. *l. illa institutio ff. de hæred. instit.* & apposite ad rem nostram Justinianus in *§. at hi versic. & ideo Instit. tit. de hæred. quæ ab int.* ubi ait, quod esset iniquum in potestate patris adoptivi esse, utrum bona patris naturalis ad liberos, an ad agnatos debeant pertinere. Atqui, si filio præterito abstinente convalesceret testamentum, esset in potestate ipsius filii, utrum bona patris ad scriptos hæredes pervenire debeant, an ad hæredes ab intestato. Nam eo abstinente admitterentur scripti hæredes, quia convalesceret testamentum: eo non abstinente admitterentur hæredes ab intestato, quia testamentum corrueret. Atque adeo etiam institutio ab ejus arbitrio penderet.

Sed facilis est, & prompta distinctio. Iniquum profecto est poni in potestate
30 cujusquam extranei, qui nullum jus habet in hæreditate, utrum ea ad hunc, vel ad illum pertinere debeat? nemo enim alienæ hæreditatis, aut legati arbiter, & dator esse potest. *l. illa institutio ff. de hæred. inst. l. nonnumquam ff. de cond. & demonstr.* Et de hoc casu agitur in laudato *§. at hi* 10. *Instit. de hæred. quæ ab int. defer.* At vero non est iniquum, ut ille, qui vocatur ad hæreditatem, eam admittendo, vel non admittendo efficiat, ut hæreditas, uam a se rejecit, ad alium pertineat. Et ratio est, quia tunc hæres utitur jure suo. Nam si est hæres voluntarius, habet a lege jus deliberandi, & potest vel adire, vel repudiare hæreditatem pro suo arbitrio. *§. extraneis Instit. tit. de hæred. qual. & differ. l.* 1. *ff. de jure delib.* Si est necessarius, etsi hoc jus non habeat a jure Civili, tamen habet a jure Prætorio, quo ipsi tribuitur jus abstinendi: *§. sui autem Inst. de hæred. qual. & differ.* quo filius abstinens comparatur hæredi voluntario non adeunti. *l. nam nec emancipatus* 89. *ff. de legat.* 1. Ergo tam hæres voluntarius, qui repudiat, quam suus hæres, qui abstinet, jure suo utuntur. An igitur iniquum erit quemquam jure suo uti? Pugnant hæc inter se: jure suo uti, & inique agere. Neque hæres, qui repudiat hæreditatem, arbiter est, & dator hæreditatis. Licet enim eo repu- 31
diante fiat irritum testamentum, & hæreditas deferatur ad hæredes ab intestato; tamen illis non datur hæreditas ab ipso hærede, sed a lege. Hæres tantummodo repudiat hæreditatem ad se pertinentem, quod cum facit, jure suo utitur; ceterum nihil disponit circa hæreditatem repudiatam: sed circa eam disponit ipsa lex. Disponit autem testamentum irritum fieri; eoque irrito facto vocat hæredes ab intestato. *l.* 1. *ff. de injust. rupt. princ. Instit. tit. de hæred. quæ ab int.* Sicut igitur iniquum non est, hærede repudiante, deferri hæreditatem ad hæredes ab intestato; ita iniquum non est, filio præterito abstinente, deferri bonorum possessiones ad scriptos hæredes. Eo casu datur hæreditas a lege, non ab hærede repudiante: hoc casu datur bonorum possessio a Prætore, non a filio abstinente.

Addo jam, quod non solum hæres omittendo hæreditatem ad se delatam, potest in causa esse, ut hæreditas ad 32
alios devolvatur; sed etiam aliquando in arbitrio hæredis est, utrum hæreditas

tas ad hunc, vel ad illum potius sit devolvenda. Primum enim, si in testamento, in quo quis hæres est institutus, datus fuerit a patre filio impuberi substitutus pupillaris; si hæres adeat, valet substitutio, & ad hæreditatem pupilli substitutus admittitur; si hæres repudiet, corruit pupillaris substitutio, & ab hæreditate pupilli substitutus excluditur, & admittuntur hæredes ab intestato. *l. 2. §. quisquis ff. de vulg. &*
33 *pupill.* Præterea, si pater, habens duos filios, alterum in potestate, alterum emancipatum; exhæredet filium in potestate, & prætereat emancipatum, & instituat hæredem extraneum; erit in potestate hujus hæredis extranei, utrum velit hæreditatem totam pervenire ad emancipatum, an vero pro dimidia devolvi etiam ad filium in potestate. Nam si hæres institutus adeat hæreditatem, subsistit exhæredatio, & excluso exhæredato emancipatus præteritus per bonorum possessionem contra tabulas auferet totam hæreditatem ab hærede instituto. Quod si hæres institutus repudiet, fit irritum testamentum, fit irrita exhæredatio, & exhæredatus pro dimidia parte succedet ab intestato. Est igitur in potestate hæredis instituti, utrum velit exhæredatum admitti, an excludi ab hæreditate. *l. filium 20. in princ. ff. de bonor. possess. contra tab.* ubi eleganter ait Tryphoninus: *Erit ergo venale beneficium scripti hæredis extranei, ut, cum ipse jure hæreditatis nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum, præstetque assem emancipato filio jure contra tabulas bonorum possessionis: si autem omiserit hæreditatem, in portionem bonorum exhæredatum effectum admittet jure factum solum suum hæredem.*

Secundum est, quod, quando præteritus est suus hæres, non succeditur ex testamento, sed solum ab intestato etiam
34 de jure Prætorio. Datur enim a Prætore bonorum possessio *unde liberi. l. ult. ff. de liber. & post. l. 1. in fine ff. Si tab. testam. null. exstab.* Ea autem datur solummodo ab intestato, & cum certum est, nullas tabulas extare. *l. 1. §. 1. & 2. ff. eod. l. bonorum ff. unde liberi §. sunt autem Instit. de bonor. possess.* Ergo, cum filius in testamento præteritus est, succedi non potest ex testamento.

Respondetur, leges illas ad rem nostram non pertinere, quia in illis non agitur de filio se abstinente, sed de filio se immiscente, qui vult patri succedere, improbata patris præteritione. Pater suum hæredem prætererat, eman- 35
cipatum exhæredaverat. Exhæredatus non habet bonorum possessionem contra tabulas, quia ea non datur exhæredatis. *l. non putavit 8. ff. de bonor. possess.* 36
contra tab. Præteritus autem, & potest dicere nullum testamentum jure Civili, & potest ipsum impugnare per bonorum possessionem contra tabulas jure Prætorio, si quidem velit adspirare ad paternam hæreditatem. Si petat bonorum possessionem contra tabulas, quia est ex testamento, *§. sunt autem Inst. tit. de bonor. possess.* subsistit exhæredatio; & so- 37
lum superest exhæredato querela inofficiosi testamenti, qua potest patris testamentum impugnare. *l. si post mortem §. exhæredati ff. de bonor. poss. contra tab.* Si vero filius præteritus utatur remedio juris Civilis, & dicat testamentum nullum, tunc nullius momenti est exhæredatio, & uterque succedit ab intestato, perinde ac si pater nullas tabulas reliquisset: ideo etiam Prætor dat eis bonorum possessionem *unde liberi. d. l. 1. in fin.* Neutro autem casu possunt succedere hæredes scripti in testamento: quia filius præteritus non approbavit, sed impugnavit patris testamentum; & vel jure Civili, vel Prætorio avocavit a scriptis hæredibus hæreditatem. *l. filium 10. in princ. ff. de bon. poss. contr. tab.*

Tertium petitur ex *princ. tit. Inst. de exhæ-*

exhæred. liber. ubi ait legislator noster, quod ex testamento, in quo præteritus est filius, nemo hæres existere potest.

30 Facilis responsio. Sane verissimum est, ex testamento, in quo præteritus est filius, neminem posse hæredem existere. Cum enim jure Civili testamentum sit nullum, non potest eodem jure Civili ex eo testamento hæreditas deferri. Imo etsi filius approbet testamentum, tamen ex eo non deferetur hæreditas, quia testamentum jure Civili non convalescit, ut supra demonstravimus. Ceterum non negat ibi Justinianus posse aliquem esse bonorum possessorem. Quamquam eo casu, de quo ibi agit Justinianus, neque hæres, neque bonorum possessor esse potest quisquam ex testamento: quia ibi filius præteritus non abstinuerat paterna hæreditate, nec testamentum patris approbaverat, sed mortuus erat ante testatorem. Adeoque id ad rem nostram non pertinet.

Postremum, quod maxime urget, petitur ex nostra *l. filio præterito ff. de injust. rupt.* ubi supponitur filius præteritus abstinens bonis paternis. Non potest autem abstinere ab hæreditate testamentaria, quia in testamento præteritus est. Abstinet ergo ab hæreditate
39 ab intestato: non potest autem abstinere ab hæreditate, antequam ei deferatur. *l. 1. §. decretalis ff. de success. edicto l. 10. qui hæres 13. in princ. ff. de acquir. hæred.* Ergo delata est filio hæreditas ab intestato: sed hæc non defertur, quamdiu locum habet successio ex testamento.
40 *l. quamdiu ff. eod.* Ergo in casu nostræ legis locum non habet amplius successio testamentaria; ac proinde scripti hæredes non possunt ex testamento succedere.

Respondeo, hæc omnia verissima esse inspecto jure Civili. Hoc enim non defert hæreditatem ex testamento, in quo præteritus est suus hæres: nam cum jure Civili testamentum sit nullum, non potest ex eo testamento deferri hæreditas scriptis hæredibus; sed defertur filio hæreditas ab intestato. Multo ali- 41
ter se res habet de jure Prætorio. Etenim cum jure Prætorio testamentum non sit nullum, ut alias diximus, datur a Prætore filio præterito bonorum possessio contra tabulas, quæ est ex testamento. *§. sunt autem Instit. tit. de bonor. possess.* Filius itaque bonis paternis abstinere dicitur, quando nec vult dicere testamentum nullum, & hæreditatem ab intestato de jure Civili suscipere; neque vult petere bonorum possessionem contra tabulas. Quoniam vero bonorum possessio contra tabulas est ex testamento, & ideo non pugnat cum bonorum possessione secundum tabulas; nihil impedit, quo minus Prætor, filio eam non petente, det bonorum possessionem secundum tabulas scriptis hæredibus. *l. 2. §. expectandi ff. de bonor. possess. secundum tab.* Ulpian. *in fragm. tit. de possess. dand. Secundum tabulas bonorum possessio datur scriptis hæredibus, scilicet, si eorum, quibus contra tabulas competit, nemo sit, aut petere nolit. & tit. quemadm. testam. rump. Si septem signis testium testamentum signatum sit, licet jure Civili ruptum, vel irritum factum sit, Prætor scriptis hæredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat, quæ cum re, id est, cum effectu habetur, si nemo alius jure hæres sit.*

Animadvertendum autem est, quod olim, quando filius abstinebat hæreditate patris, nemo alius jure hæres erat: nam neque in suis, neque in agnatis 42
jure Civili erat successio; & hæreditas semel tantum a lege deferebatur, ac semel delata filio, non poterat alteri postea deferri. *l. 1. §. sciendum 8. ff. de suis & legit. hæred. l. 2. in princ. ff. eod. §. placebat autem, Instit. tit. de legit. agnat. succes.* Paul. *lib. 4. sent. tit.* 8. Igitur abstinente filio, nemo alius jure hæres est, & Prætor scriptis hæredibus dat bonorum possessionem juxta tabulas, & quidem cum re.

CAPUT XII.

Ad l. per procuratorem 90. ff. de acquir. vel omit. hæred.

SUMMARIUM.

I. Bonorum possessio re ipsa & effectu non differt ab hæreditate.
II. Bonorum possessor acquirit hæreditatem honorariam.
III. Differt quoad modum & formam acquirendi.
IV. Bonorum possessio per alium agnosci potest, etiam per fœminam: & quare. n. 19.
V. Hæreditas per alium adiri non potest.
VI. Hæreditatem cernere, & adire quid?
VII. Aditio est actus legitimus: qui adit, lege agit. ib. n. 9. & 21.
VIII. Actus legitimus non potest per alium explicari, & solum peragi potest apud Magistratum, penes quem legis actio est.
X. Aditio, & pro hærede gestio æquiparatæ sunt cretioni.
Actus legitimi neque diem, neque conditionem recipiunt; adeoque nec aditio. & n. 21.
XI. Olim legationes liberas hæreditatum adeundarum causa Senatores impetrabant.
XII. Senatores & eorum filii peregre proficisci non poterant.
XIII. Qui mandat, ut adeatur hæreditas, hoc ipso eam adit & acquirit.
XIV. Hæreditas pro parte adiri, pro parte repudiari non potest.
XV. Hæreditas aditur sola animi destinatione, etiam tacita.
XVI. Hæreditas nobis ignorantibus non acquiritur.
XVII. Ne quidem a servis & filiis nostris sine jussu nostro speciali.
XVIII. Nec sufficit ratihabitio subsequens.
Excipitur bonorum possessio, & restitutio ex fideicommisso.
XIX. Cur differat hæreditas a bonorum possessione & restitutione. & n. 44.
XX. Si post mandatum agnoscendæ bonorum possessionis, antequam agnoscatur, hæres incidat in furorem, nulla est agnitio.
XXII. Semel hæres non potest amplius desinere esse hæres.
XXIII. Hæres acquirit dominium statim ministerio legis sine ulla mora.
XXIV. Bonorum possessio potest esse in suspenso, non aditio.
XXV. Homo liber nobis acquirere non potest: & multo minus hæreditatem.
XXVI. Hæreditas civiliter acquiritur.
XXVII. Tutor pro pupillo adire non potest. & 29.
XXVIII. Tutor facere potest pro pupillo etiam ea, quæ requirunt speciale mandatum.
XXIX. Pupillus, etiam infans, ipse debet adire. & 30.
XXXI. Nec curator furiosi adire potest.
XXXII. Hæreditas ne momento quidem temporis residet in servo.
XXXIII. Dominus, & pater adire non possunt hæreditatem, servo, & filio delatam.
XXXIV. Institutio servi valet ex persona domini.
XXXV. Filius & pater eadem persona censentur.
XXXVI. Etiamsi dominus ipse pro parte sit institutus, tamen adire non potest pro parte relicta servo suo.
XXXVII. Adiri non potest hæreditas non delata.
XXXVIII. Qui adit, non desinit esse hæres, etiamsi alii acquirat hæreditatem.
XL. Procurator Cæsaris potest pro eo adire opulentam hæreditatem.
XLI. Sed hoc speciale est.
XLII. Procurator Cæsaris quis, & quod ejus officium, & auctoritas.
XLIII. Proponitur sententia Duareni: & confutatur in sequentibus.
XLV. Acceptilatio fieri potest per procuratorem, & quomodo?
XLVI. Refertur sententia Rævardi, & refellitur.
XLVII. Mancipari non poterant, nisi res propriæ ab ipso domino.
Hæreditas ante aditionem mancipari non poterat.
XLVIII. Nec post aditionem.
Hæreditas intestata cedi poterat etiam ante aditionem, & quare?
XLIX. Opponitur testimonium Ciceronis: & explicatur nn. seqq.
L. Cretio libera quæ?
LI. Dispositio hominis non potest refragari dispositioni legis.
LII. In cretione filii necessarius erat Patris jussus.
LIII. Superior sententia Rævardi admittitur quodam in casu.
LIV. Veteres circuitione utebantur, ne recederent a regulis juris: & explicatur exemplis.
LV. Cur inventa fuerit Aquiliana stipulatio.
LVI. Filius & servus jussu patris ac domini adeuntes, non adeunt procuratorio nomine.
LVIII. Mandatum generale non sufficit ad adeundam hæreditatem.
LIX. Nec mandatum de hæreditate viventis.
LX. Quo casu admitti possit communis sententia: & quomodo defendi possit.

ETsi bonorum possessio re ipsa, & potestate, atque effectu non differat ab hæreditate; *l. 2. ff. de bonor. poss.* 1

l. Prætor in omnibus ff. de reg. jur. quia bonorum possessor amplectitur, & acquirit, & possidet hæreditatem; *l. ult. C. qui admitti l. si infanti §. parente C. de jure deliber. l. filium 60. ff. de acquir. hæred.* nempe hæreditatem honora-
2 riam; *l. 1. in fin. C. de secund. nupt.* quare agnoscendo bonorum possessionem fit hæres; *l. 1. C. unde liberi.* tamen
3 agnitio bonorum possessionis omnino differt ab aditione hæreditatis. Inter cetera illud est multo maximum discrimen, quod bonorum possessio agnosci potest per tutorem nomine pupilli, *l. servus 7. §. impubes ff. de bonor. possess. l. bonorum 7. C. qui admitti*, per curatorem, *l. ult. §. sin autem ex alia C. de curat. furios.* per procuratorem, *l. 3. §. acquirere ff. de bonor. poss.* per alium quemlibet, etiam non habentem man-
4 datum, *eod. §. acquirere.* &, quod magis est, fœminæ etiam possunt pro alio petere bonorum possessionem: *l. servus 7. ff. de bonor. poss.* licet pro alio postulare non possint. *l. 1. §. secundo loco ff. de postulando.*

5 Contra vero hæreditas per alium adiri non potest. Ipsa verborum significatio id satis demonstrat. Utebantur veteres verbis *cernendi* hæreditatem; *adeundi* hæreditatem; quia hæres ipse debebat in rem præsentem venire. Hinc *adire*,
6 & *cernere* hæreditatem dicebatur. In cretione enim hæc verba solemnia pronunciabat: *cum me Mevius hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo, cernoque*, ut refert Ulpian. *in fragm. tit. qui hæred. institui possint.* Vetus Gloss. *Cernere* προσέρχεσθαι τῇ κληρονομίᾳ. Postquam vero Imperatores scrupulosam cretionum solemnitatem amputarunt in *l. cretionem 17. C. de jur. deliber.* mansit solummodo verbum *adeundi*.

II. Id ipsum demonstrat natura aditionis. Aditio hæreditatis est actus legitimus. *l. actus legitimi 77. ff. de reg.*
7 *jur.* Actus legitimus per procuratorem expediri non poterat. *l. nemo alieno 123. ff. de reg. jur. Nemo alieno nomine lege agere potest.* Lege agere, legis actio, actus legitimus, sibi invicem respondent. Ideo actus legitimi non poterant 8
explicari apud Magistratum, apud quem legis actio non erat. *l. 1. ff. de offic. Juridic. Alexandr. l. 4. ff. de adopt. l. 3. ff. de offic. Proconf.* Et lege agere dicebantur hæredes, qui adibant hæreditatem. Val. Max. *lib. 7. cap. 7.* de Terentio quodam: *Egregia*, inquit, *est C. Calpurnii Pisonis, Prætoris Urbani constitutio. Cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exhæredatum se, querelam detulisset; bonorum adolescentis possessionem ei dedit, hæredesque lege agere passus non est.* Itaque 9
si adiens hæreditatem lege agit, & nemo potest alieno nomine lege agere; nemo etiam poterit alieno nomine adire hæreditatem.

Et, licet sola cretio propter solemnitates, quibus peragebatur, actus legitimus fuisse videatur; tamen eamdem quoque vim, & naturam habet qualibet aditio, & pro hærede gestio: quia per eam, sicut per cretionem, ipso jure fit hæres, qui adit hæreditatem. *§. quos autem solus Inst. tit. de bonor. pos-* 10
ses. Quod fit, ut, quemadmodum actus legitimi non recipiunt diem, & conditionem; *d. l. actus legitimi 77. ff. de reg. jur.* ita non recipiat hæreditatis aditio *l. eum qui duobus in fin. ff. de acquir. vel omit. hæred. d. l. actus legitimi.* Nec a cretione differt pro hærede gestio, quam cretioni æquiparavit D. Marcus. Ulp. *in fragm.* titulo modo laudato: *si sub imperfectam cretionem hæres institutus sit; id est, non adjectis his verbis: si non creveris, exhæres esto; sed si ita: si non creveris, tunc Mevius hæres esto: cernendo quidem superior inferiorem excludit; non cernendo autem, sed pro hærede gerendo in partem admittit* sub-

substitutum, *sed postea D. Marcus constituit*, *ut & pro hærede gerendo ex asse hæres fiat*.

III. Hoc idem veterum monumenta confirmant: quæ legationes liberas hæreditatum adeundarum causa Senatoribus
11 datas fuisse testantur. Cicer. *in prima Agrar. contra Rullum: non videtis*, *hæreditatum obeundarum causa*, *quibus vos legationes dedistis*, *qui*, *& privati*, *& privatum ad negotium exierunt*, *non maximis opibus*, *neque summa auctoritate*; *tamen auditis profecto*, *quam graves eorum adventus sociis vestris esse soleant*. *& lib*. 3. *de legib. Jam illud apertum profecto est*, *nihil esse turpius*, *quam quemquam legari*, *nisi Reip. causa*. *Omitto quemadmodum isti se gerant*, *atque gesserint*, *qui legatione hæreditates suas*, *aut syngraphas persequuntur*. Quid est, quod legationes hæreditatum adeundarum causa impetrabant, si poterant adire per procuratorem? maxime postquam a Julio Cæsare, & Augusto fuit interdictum Senatoribus, eorumque filiis, ne pere-
12 gre proficiscerentur. Sueton. *in Jul. Cæsar. cap*. 42. *Neu quis Senatoris filius*, *nisi contubernalis*, *aut comes Magistratus*, *peregre proficisceretur*. Percommode Lipsius in Tacitum legit: *Neu quis Senator*, *Senatorisve filius*. Dio *lib*. 52. *de Augusto*: προσέταξε πᾶσι βουλευταῖς, μὴ ἐκδημεῖν ἔξω τῆς Ἰταλίας, ἂν μὴ αὐτός τινι κελεύσῃ, ἢ καὶ ἐπιτρέψῃ καὶ τοῦτο καὶ δεῦρο ἀεὶ φυλάττεται. *Vetuit omnibus Senatoribus extra Italiam peregrinari injussu*, *permissuve suo*: *atque hoc etiamnum servatur*. Suidas *de Claudio*: νόμον προὔθηκε, μὴ δύνασθαι βουλευτὴν ὑπὲρ ἑπτὰ σημεῖα τῆς πόλεως ὁδεύειν χωρὶς τῆς τοῦ βασιλέως κελεύσεως: *legem tulit*, *ne cui Senatori liceret ultra septimum ab urbe lapidem proficisci injussu Imperatoris*. Si potuissent aliter adire hæreditates, nulla causa fuisset concedendi has legationes ad hæreditatem adeundam.

IV. Demonstrat id etiam ratio evidens. Nam aut quis mandat procuratori, ut suo nomine adeat hæreditatem: aut non mandat, sed is sponte sua adit sine ullo mandato. Si mandat procura- 13
tori, ut adeat, hoc ipso adit ipse hæreditatem. Nec opera, aut ministerio procuratoris amplius opus est ad adeundam hæreditatem: per textum elegantissimum in *l. si ego & servus* 26. *ff. de acquir. vel omit. hæred.* ubi, si ego & servus instituti fuimus, & mandem servo, ut adeat hæreditatem, hoc ipso hæreditatem acquiro pro ea portione, pro qua fui institutus. Licet enim animi mei destinatio quoad hæreditatem adeundam videatur solum respicere partem servo relictam, non vero partem, in qua ego fui institutus; tamen cum hæreditas tota mihi acquiri debeat, tam quoad partem relictam servo, quam quoad partem mihi relictam; & hære- 14
ditas pro parte adiri, pro parte repudiari non possit: cum pro parte hæres esse destinaverim, videor adivisse hæreditatem ex asse. *l. si ex asse* 10. *ff. de acquir. vel omit. hæred.* Facit. *text. in l. si quis mihi* §. *sed si mandavit*. *ff. eod. in l. cum hæres* 52. §. *ult. in l. liber homo* 59. §. *si ita ff. eod. in l. si quis ita* 33. *ff. de hæredib. Inst.* Sola enim animi destinatione adimus hæreditatem, *l. si avia C. de jure delib.* §. *ult. Instit. tit. de hæred. qual. & differ.* & sufficit etiam voluntas tacita, ut constat ex nostra lege *si ego* 26. & elegantissima proponuntur exempla in *l. qui in aliena* 6. §. *sed etsi non adierit ff. de acquir. vel om. hæred. in l.* 4. *C. de jur. delib. in l. filiusfam.* 10. *C. de petit. hæred.* Cum igitur etiam in mandato adeundi por- 15
tionem alii relictam contineatur destinatio sufficiens ad adeundam portionem sibi relictam; quanto magis ea continebitur in mandato adeundi eam ipsam portionem? Si sufficit tacita illa destinatio, quanto magis sufficiet expressa? Quod

Quod si hæres non mandet procuratori, ut adeat hæreditatem, sed hic adeat sponte, sine ullo mandato, erit
16 omnino inutilis aditio. Nobis enim ignorantibus, aut invitis hæreditas acquiri non potest. Hoc enim interest inter hæredes voluntarios, & necessarios: quod necessarii fiunt hæredes ipso jure etiam ignorantes, & inviti: voluntarii vero non fiunt hæredes, nisi sua voluntate. *toto tit. Instit. de hæred. qual. & differ.* Itaque licet servi nostri, & liberi in potestate existentes nobis acquirant etiam ignorantibus, & invitis pene ex omnibus causis, *l. etiam invitis l. acquiruntur* 10. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom. l. servus vetante ff. de V. S.* §. *item vobis Instit. tit. per quas person. nob. acquir.* tamen hæreditatem nobis non acquirunt, nisi jussu nostro eam adierint. *l. qui in aliena* 6. *si quis mihi bona* 25. §. *jussum ff. de acquir. hæred. l. acquiruntur* 10. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom. d.* §. *item vobis Instit. tit. per quas person. nob. acquir.* Neque in hac re sufficit consensus patris, ac domini, sed requiritur mandatum, ac jussus præcedens ipsam aditionem. *d. l. si quis mihi bona.* §. *jussum.* Quare cum agitur de adeunda hæreditate, semper fit mentio jussus, cujus natura est, ut actum præcedere debeat: jubemus enim quæ facienda sunt, non quæ jam facta fuerunt. *l. servus dotalis* 58. *ff. solut. matrim. l. si servus* 7. *in fin. ff. de hæred. instit. l. si ego & servus ff. de acquir. vel omit. hæred. d. l. acquiruntur* 10. &
17 *d.* §. *item vobis.* Nec sufficit jussus generalis de quacumque hæreditate deferenda, sed desideratur jussus specialis de certa hæreditate jam delata. *d. l. si quis mihi bona* §. *sed utrum, cum* §. *seq. ff. de acquir. hæred.* His positis constat, quod cum hæreditas sine nostro mandato non acquiratur, ne quidem per eas personas, quæ nobis etiam ignorantibus, & invitis acquirunt; multo minus acquiri poterit per liberas personas, quæ nobis sine nostro consensu, aut mandato nihil possunt acquirere.

Nec illud dici potest, quod hæreditas nostro nomine nobis ignorantibus adita per ratihabitionem confirmetur exemplo bonorum possessionis, *l.* 3. §. *acquirere ff. de bonor. possess.* & restitutionis hæreditatis ex fideicommisso. *l. servo invito* 65. *ff. ad SC. Trebellian.* Ete- 18
nim cum in ipso servo, & filio, qui nobis ex ipsa legis dispositione omnia acquirunt etiam ignorantibus, & invitis, requiratur præcedens mandatum; multo magis id requiretur in aliis, nec ratihabitio sufficiet. Itaque in bonorum possessione agnoscenda, & in restituenda hæreditate fideicommissaria, in quibus sufficit ratihabitio subsequens, eadem ratihabitio sufficit etiam in servo, & filio. *d. l. servo invito ff. ad S. C. Trebell. l.* 1. *C. qui admitti. l. qui in aliena* 6. §. 1. *ff. de acquir. hæred. l. servus* 7. *ff. de bonor. possess. l. ult. ff. quis ordo in bon. poss. serv.*

Non potest igitur duci argumentum a bonorum possessione, & restitutione fideicommissi ad hæreditatis aditionem. Primum, quia illæ desiderant aliquam operam externam, quæ per alium expediri potest; non nuda voluntate acquiruntur. Bonorum possessio petenda 19
est a Judice: seu coram Judice agnoscenda est per testationem amplectendæ hæreditatis. *l. ult. C. qui admittit.* illa testatio complectendæ hæreditatis, alterius opera, ac ministerio potest expediri. In restitutione fideicommissi necessaria est etiam voluntas restituentis, non sufficit sola voluntas fideicommissarii; itemque necessarius est actus restitutionis. Hæc exploratio voluntatis restituendi, & actus ipse restitutionis etiam per alium possunt explicari. Hos actus ab alio gestos potest hæres approbare, & ratos habere; per quam approbationem acquirit hæreditatem, & in eum tran-

transferuntur omnia commoda, & incommoda hæreditaria. *l.* 1. *C. qui admit.* Contra in hæreditatis aditione, quæ fit nuda voluntate, nihil aliud requiritur, quam voluntas ipsius hæredis. *l. si avia C. de jure delib.* §. *ult. Instit. tit. de hæred. qual. & differ.* Supervacanea est igitur omnis opera, & ministerium alterius cujuscumque personæ. Voluntas enim residet in ipso hærede, nec ab alio præstari potest. Probatur id exemplo ipsius bonorum possessionis, in cujus acquisitione duo requiruntur: factum petitionis, & voluntas hæredis. Factum petitionis explet procurator: voluntatem præstare non potest, etiamsi man-
20 datum ab hærede acceperit. Quare si post mandatum hæres in furorem incidat, nulla est petitio procuratoris, deficiente per furorem voluntate hæredis. *l. si quis alieni* 48. *ff. de acquir. hær.* In aditione igitur hæreditatis, in qua requiritur sola voluntas hæredis, nihil est, quod præstare possit procurator. His positis, si hæres approbet aditionem factam ab alio, fit quidem hæres per hanc approbationem, sed fit hæres sua voluntate, non per actum gestum a procuratore. Imo vere nec per approbationem fit hæres, sed per voluntatem expressam in approbatione, atque in ea contentam. Nam etsi improbaret aditionem ab alio factam, & declararet, se nihilominus hæredem esse velle, non eo minus hæres fieret.

Præterea, quia aditio hæreditatis est actus legitimus, qui neque tempore, neque conditione suspendi potest. *l. actus*
21 *legitimi* 77. *ff. de reg. jur.* Non potest igitur expectari approbatio, seu ratihabitio hæredis: interim enim penderet ex incerto eventu aditio, quod est contra naturam aditionis. *l. eum qui solvendo* §. *ult. ff. de acquir. hæred.* Aditio enim aut statim perfecta est, aut statim irrita est, & nulla, nec ex postfacto potest confirmari, aut convalescere. Bonorum possessio hæredem ipso jure non facit, sicut aditio. §. *quos autem solus Inst. tit. de bonor. possess.* Qui autem per 22
aditionem factus est ipso jure hæres, non potest amplius desinere esse hæres. *l. hæreditas* 34. *ff. de hæred. Instit. l. ex facto* 43. §. *ult. ff. de vulg. l. ait Prætor* 7. §. *sed Papinianus ff. de minor. l. ei qui solvendo* 88. *ff. de hæred. Instit.* Itaque hæreditatis aditio statim sine ulla mora ipso jure operatur, & quidem perfecte, & immutabiliter, & ne momento quidem suspendi potest, quod & in legatis est constitutum. *l. ult. in fin. ff. commun. prædior.* Cum enim ministerio legis dominium, & omne jus defuncti transferatur in hæredem, *l. more, & l. hæres in omne ff. de acquir. hæred.* lex nullam moram patitur, & statim perficit id, quod intendit. Differt igitur hac in re aditio hæreditatis a bonorum possessionis agnitione *l. servo invito* 65. *in princ. ff. ad S. C. Trebell.* Non solum enim petitio bonorum pos- 24
sessionis sæpe numero est in suspenso, & non statim producit effectum suum, ut in *l. si servus* 10. *ff. de bonor. poss. sec. tab. in l.* 2. §. 1. *ff. eod. in l.* 3. §. *si sub ea conditione ff. de bonor. possess. contra tabul. l. ult. in fin. ff. de bonor. possess. sec. tab.* sed aliquando etiam non habet effectum, & dicitur possessio sine re, quia titulo tenus est bonorum possessio, cum sit sine effectu. *l. filiis C. de inoff. testam.* Ulpian. *in fragm. tit. quemadm. testam. rump.* hæreditas autem numquam est sine re: numquam ne momento quidem temporis sine effectu esse potest. Constat igitur, quod neque cum nostro mandato, neque sine nostro mandato per alium nobis acquiri potest.

V. His accedunt leges, in quibus id diserte constitutum est. In *l. homo liber.* 54. *ff. de acquir. rer. dom. homo liber hæreditatem nobis acquirere non potest.* Ratio est in promptu. Per liberam enim personam nihil nobis acquiri potest. *l.* 25

1. *C.*

1. *C. per quas person. nobis acq.* §. *ex his itaque Instit. tit. per quas person. cuique acquir.* Et licet ea, quæ naturaliter acquiruntur, etiam per liberam personam acquirantur; tamen ea, quæ acquiruntur civiliter per liberam personam, acquiri non possunt. *l. ea quæ civiliter*
26 *ff. de acquir. rer. dom.* Constat autem, hæreditatem civiliter acquiri, cum nuda voluntate legis ministerio in nos transferat omne jus hæredis, & etiam dominium rerum hæreditariarum sine ullo facto apprehensionis. *l. hæres in omne ff. de acquir. rer. dom.* Et hæreditas ipsa tota est juris Civilis: est enim persona ficta a jure Civili, personam defuncti repræsentans, seu successio in universum jus defuncti, *l. hæreditas ff. de reg. jur.* & nomen juris est. *l. pecuniæ* §. *hæreditas ff. de verb. signif.* Quod cum non probaret Seneca, irridet Jurisconsultos *lib. 6. de benef. cap. 6. Jurisconsultorum istæ acutæ ineptiæ sunt, qui hæreditatem negant usucapi posse; sed ea quæ sunt in hæreditate: tamquam quicquam aliud sit hæreditas, quam ea, quæ in hæreditate sunt.* Vere autem apud Jurisconsultos aliud est hæreditas, aliud res hæreditariæ. Hæreditas enim est incorporalis, & in jure consistit, *l. 1.* §. *1. ff. de rer. divis.* & est universitas quædam, qua omnes res hæreditariæ continentur.

VI. In *l. potuit 5. C. de jure deliber.* responsum fuit ab Imperatoribus, ne tutorem quidem nesciente pupillo potuis-
27 se hæreditatem pro pupillo adire. Si non potest tutor, qui in rebus pupillaribus administrandis domini loco habetur; *l. interdum* §. *qui tutelam ff. de furt. l. tutor qui 27. ff. de admin. tut.* multo minus poterit procurator, qui minus juris habet, quam tutor. *l. mandato 60. ff. de procur.* juncta *d. l. interdum* §. *qui tutelam ff. de furt.*

Nec potest responderi, quod tutor non poterat adire, quia non habebat mandatum adeundi, quemadmodum nec procurator potest adire sine speciali mandato. Itaque par esse videtur causa tutoris, qui ad adeundum indiget voluntate pupilli; *d. l. potuit in princ.* & procuratoris, qui indiget mandato.

Primum enim animadvertendum est, quod tutor non indiget mandato, aut voluntate pupilli in administrandis ejus rebus, cum habeat jus, & facultatem ab ipsa lege, ut constat ex definitione tutelæ, quæ dicitur jure Civili data, ac permissa. §. *1. Instit. tit. de tutel. l.* 28
1. ff. eod. Et ideo etiam ea facere potest vi suæ potestatis, quæ in procuratore speciale mandatum requirunt. *l. procurator. 60. ff. de procurat.* juncta *l. interdum 56.* §. *qui tutelam ff. de furt.* Itaque si hæreditatis aditio posset per alium expediri, utique posset a tutore.

Præterea observandum est, quod in laudata *l. potuit 5. C. de jure delib.* exigunt Imperatores, ut ipse pupillus adeat, cum exigant aut ejus voluntatem, aut 29
pro hærede gestionem, quibus modis aditur hæreditas. §. *ult. Instit. tit. de hæred. qual. & differ.*

Nec solum pupillus ipse adire debet, si intelligat id quod agit; sed etiam, si sit infans. *l. servo invito* §. *si pupillo. versic. sive enim ff. ad SC. Trebellian.* ubi 30
notandum est discrimen inter bonorum possessionem, & hæreditatem. Bonorum possessionem agnoscit tutor pro infante: hæreditatem adit ipse infans pro hærede gerendo auctore tutore. Quid ita? quia bonorum possessio per alium agnosci potest; hæreditas adiri non potest. Quorsum desiderare actum, ac pro hærede gestionem infantis, qui nullum habet intellectum, §. *sed quod diximus Inst. tit. de inut. stip. l. 1.* §. *huic proximus ff. de oblig. & act.* nisi quia per tutorem adiri non potest hæreditas?

VII. Idem fuit constitutum in curatore furiosi, cui ne Justinianus quidem, qui omnes juris regulas insuper habuit, facultatem adeundi dare voluit, sed so-

lum

lum agnoscendi bonorum possessionem. *l. ult.* §. *sin autem ex alia C. de curat. fu-*
31 *rios. vel prodig.* Quod a Legislatore nostro sancitum fuit ad sedandas veterum controversias, cum quidam existimarent furioso non deferri hæreditatem, *l.* 1. §. *furiosi ff. de success. edict.* eumque commodum hæreditatis acquirere non posse. *l. furiosus ff. de acquir. vel om. hæred.*

VIII. Cum hæreditas servo delata
32 debeat acquiri domino, adeo ut ne momento quidem temporis consistat in servo, *l. placet* 79. *ff. de acquir. hæred.* consentaneum omnino videretur, ut si per alium posset adiri hæreditas, utique posset adiri ab ipso domino, cui statim acquiri debet; & tamen ne dominus quidem potest adire hæreditatem
33 servo relictam, sed ipse servus jubente domino adire debet; & si servus nolit adire, compellendus est. *l.* 1. §. *quid ergo ff. si quis omis. caus. testam.* Quod & in filio constitutum est. *l. Julianus* 26. *ff. eod.* Nec ad acquirendam hæreditatem quicquam proficit domini jussum sine facto servi adeuntis. *l. Antistius* §. 1. *ff. de acquir. vel om. hæred.*

In domino duo concurrunt ad præstandam ei facultatem adeundi: & quod ipsi statim acquiri debet hæreditas, & quod institutio servi valet ex ejus per-
34 sona, quæ sola inspicienda est. *l. non minus* 31. *ff. de hæred. inst. l. debitor.* 82. §. *ult. ff. de leg.* 2. Duo etiam concurrunt in patre: & quod ad eum perventura est hæreditas, & quod eadem persona cum filio censetur. *l. ult. in fin. C. de impub. & aliis substit. l. ne cum fi-*
35 *lio* 16. *ff. de furt.* Et tamen neque dominus pro servo, nec pater pro filio adire potest: & filius ipse adire debet, etiamsi sit expers consilii. *l. more. in*
36 *fin. ff. de acquir. hær.* Et quod magis est, etiamsi dominus pro parte fuerit institutus, & eam partem adierit, tamen non acquirit partem relictam ser-

vo suo, sed necesse est, ut eum adire jubeat. *l. si ex sua* 36. *ff. de acquir. hæred.* Adeo verum est, hæreditatem ab alio acquiri non posse, si ei delata non sit. Atque id merito constitutum est: ut enim quis possit adire hæreditatem, necesse est, ut prius ei delata fuerit. *l. si quis extraneus* 21. §. 1. *ff. de acquir. hæred.* Quanto minus igitur adire po- 37
terit procurator, cui neque delata est, *l. delata* 151. *ff. de V.S.* neque acquiri debet?

Præterquam quod si procurator adiret hæreditatem, hæreditas per ejus personam ad hæredem transmitteretur: & licet in persona ejus nullo momen- 38
to consisteret; tamen ipsum faceret hæredem, quia hæreditas infigitur ossibus adeuntis; & licet alio transeat, tamen ille non desinit esse hæres. *l.* 3. *& l. qui liberis* §. *ult. ff. de vulg.*

IX. Denique de hac sententia dubitari non sinit text. in *l. per procuratorem* 90. *ff. de acquir. hæred.* ibi: *per procuratorem hæreditatem adiri non posse*. Non poterat dici clarius. In Pandectis Florentinis legitur: *per curatorem*. Sed si non potest acquiri per curatorem, multo minus per procuratorem: tum quia 39
plus juris habet curator, quam procurator, ut supra diximus; tum quia ille habet potestatem a lege, hic ab homine; tum quia major urgebat necessitas hanc facultatem concedendi curatori, qui administrat res furiosi, aut prodigi, qui hac in re non habent intellectum, & furiosum exitum faciunt; *l. hi qui* 12. *in fin. ff. de tutor. & curat. dat.* aut minorum, quorum est infirmum, ac imbecille consilium; *l.* 1. *ff. de minor.* quam procuratori, qui administrat res ejus, qui sanæ mentis est, & perfecti judicii, & ope procuratoris non indiget ad hæreditatem adeundam. Quorsum enim operam procuratoris, & opem imploret, qui nuda voluntate potest adire? Qui autem legem hanc re-

ſtringunt ad caſum, de quo in *l. cum in ana* 17. *in fin. ff. de appellat.* nempe ad curatorem datum pupillo, utique maximam vim faciunt legi generali, eam referentes ad unicum tantum caſum, qui rariſſimus eſt.

Enimvero, ut dicam, quod ſentio; etſi Pandectarum Florentinarum apud me magna ſit auctoritas; tamen hic magis mihi arridet lectio vulgata. Primum, quia in ea lege agitur de eo, qui mandato alterius adit hæreditatem, ut conſtat ex §. ſequenti, quod convenit procuratori, non autem curatori; præterea quia in *l.* 1. §. *ult. de off. Procur. Cæſar.*
40 ait JC. *hoc præcipuum eſſe in procuratore Cæſaris, ut miſcendo ſe opulentæ hæreditati Cæſarem hæredem faciat:* quod demonſtrat, in aliis procuratoribus aliud cautum fuiſſe.

Et quamvis quidam putent, hoc ſolum ſingulare eſſe in Procuratore Cæſaris, ut poſſit adire ſine ſpeciali mandato; tamen id falſum videtur, quia ſine ſpeciali mandato adire poteſt ſo-
41 lummodo opulentam hæreditatem: ceterum ſi hæreditas ſolvendo non ſit, Cæſarem conſulere debet, & ejus voluntatem explorare. *l.* 2. *ff. de off. Procurat. Cæſar.* Utrumque autem in eo præcipuum eſſe videtur, non ſolum, quod poſſit miſcere ſe opulentæ hæreditati ſine mandato, ſed etiam, quod hæreditatem non opulentam adire poſſit cum ſpeciali mandato. Utrumque enim continetur eadem oratione, licet in diverſis legibus; adeoque ad utrumque caſum pertinent illa verba: *hoc eſt præcipuum*, & utrumque caſum complectuntur.

Nec ſine cauſa hæc ſingulariter Procuratori Cæſaris conceſſa fuerunt. Neque enim Procurator Cæſaris erat ſimplex procurator, cujuſmodi ſunt procuratores privatorum, nullum jus habentes præter mandatum adminiſtrandi, quod
42 privati a privato acceperunt. Procurator Cæſaris juriſdictionem habebat, & fiſci jura tuebatur, & fiſcales cauſas judicabat; *l. cum hi* §. *tranſactiones ff. de tranſact. l.* 2. *ſi adverſus fiſc. l. nec quicquam. in princ. ff. de offic. Proconſ. l. ſi hæredum C. de tranſact.* & adverſus ejus ſententiam ſolus Princeps reſtituere poterat *l.* 1. *C. ubi & apud quem reſtit. in int.* Et licet jus deportandi vel relegandi non haberet, *l. ult. ff. de offic. Procur. Cæſar. l.* 2. *C. de pæn.* nec mulctæ indicendæ, *l. procuratores* 2. *C. de modo mulctar.* tamen Dio *lib. hiſtor.* 57. videtur ipſi aliquam partem imperii tribuere. Καπίτωνα, τὸν τὴν Ἀσίαν ἐπιτροπεύσαντα, ἐς τὸ συνέδριον ἐσήγαγε, καὶ ἐγκαλέσας αὐτῷ, ὅτι στρατιώταις ἐχρήσατο, καὶ ἄλλα τινά, ὡς ἀρχὴν ἔχων, ἔπραξεν, ἐφυγάδευσεν. οὐ γὰρ ἐξῆν τότε τοῖς τὰ αὐτοκρατορικὰ χρήματα διοικοῦσι πλέον οὐδὲν ποιεῖν, ἢ τὰς νενομισμένας προσόδους ἐκλέγειν, καὶ περὶ τῶν διαφορῶν ἔν τε τῇ ἀγορᾷ, καὶ κατὰ τοὺς νόμους ἐξ ἴσου τοῖς ἰδιώταις δικάζεσθαι. *Capitonem Aſiæ Procuratorem in Senatum introduxit, & ipſum accuſans, quod militibus uſus eſſet, & alia geſſiſſet perinde ac ſi imperium haberet, exilio mulctavit. Tunc enim non licebat iis, qui res Principis adminiſtrabant, quicquam aliud facere, quam legitima vectigalia exigere, & in foro controverſias æquo cum privatis jure judicare.* Loquitur autem hiſtoricus de Tiberio: itaque poſt Tiberium non omnino expertes imperii fuiſſe videntur. Quin & eorum ſententias majorem vim habuiſſe, quam aliorum Judicum, probabile eſt, quia auctoritate Senatus nitebantur. Sueton. *in Claudio cap.* 12. *Claudius a Senatu, ut rata eſſent, quæ procuratores ſui in judicando ſtatuerent, precario exegit.* Quo factum puto, ut adverſus eorum ſententiam ſolus Princeps poſſet reſtituere. *l.* 1. *C. ubi & apud quem in int. reſtit.* Quamobrem duci non poteſt argumentum a Procuratore Cæſaris ad alios procuratores.

Hæc

Hæc ideo accuratius, quam res ipsa postulabat, persequuti fuimus, ut constet, quam temere Duarenus affirmaverit hanc sententiam nulla auctoritate, aut ratione niti. Ac miror, Virum doctissimum in contrariam sententiam perductum fuisse argumento admodum futili, ac prope nullius momenti. Fatetur enim, se a recepta, & communi opinione recessisse, quia procuratoris usus permissus est in omnibus negotiis, nisi in quibus id exceptum reperitur.
43 *l. 1. ff. de procur.* At nullo jure id excipitur: nulla lex proferri potest, in qua id exceptum reperiatur de hæreditatis aditione. De bonorum possessione id certum est *ex l. 3. §. acquirere ff. de bonor. possess. l. qui ita 66. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* sunt ejus verba.

Primum negatur hæreditatis aditionem negotium continere, aut desiderare operam alicujus, vel ministerium personæ: cum sola voluntate adeatur, & ipsum mandatum adeundi sit aditio, *l. si ego & servus ff. de acquir. hæred.* ut supra probavimus satis copiose.

Præterea negamus, hujusmodi actum non fuisse exceptum. Nam & natura ipsa aditionis, & ratio evidens, & legum auctoritas hunc actum eximit è numero eorum, in quibus opera procuratoris potest adhiberi. Sed hæc omnia hic repetere opus non est, cum a nobis sint hactenus luculenter explicata.

Nec obstat, quod bonorum possessio per procuratorem agnosci possit, & hæreditatis fideicommissariæ restitutio alteri fieri. Etenim non posse hac in re duci argumentum a bonorum possessio-
44 ne, & hæreditatis fideicommissariæ restitutione ad aditionem hæreditatis, diserte traditum est a veteribus in *l. qui in aliena 6. in princ. & in §. 1. ff. de acquir. hæred. & in l. servo invito 65. in princ. ff. ad SC. Trebell.* Qua de causa autem inter se differant, supra expositum est satis accurate.

Sed opponi potest, quod, licet aditio hæreditatis sit actus legitimus; tamen hoc non videtur impedimento esse, quominus fieri possit per procuratorem. Nam & acceptilatio est actus le- 45
gitimus: *l. actus legitimi 77. ff. de Reg. jur.* & tamen fieri potest per procuratorem, si speciale mandatum intervenerit. *l. per procuratorem 3. ff. de acceptil.*

Respondetur, acceptilationem fieri posse per procuratorem, non quidem directo, sed quodam quasi circuitu: nam procurator debet novare obligationem, & in se transferre, per quam novationem debitor liberatur: ipse autem debet deinceps a creditore per acceptilationem liberari ab obligatione, quam in se transtulit. *l. & per jusjurandum 13. §. tutor ff. de acceptil.* Hic autem circuitus vix potest locum habere in hæreditatis aditione. Doctissimus & eruditissimus Rævardus *de auctor. prudent.* 46
cap. 5. simile quiddam in hæreditatis aditione ingeniose commentus est. Ait enim, interposita fiducia hoc fieri potuisse. Nam si hæres mancipasset hæreditatem procuratori suo, abjecta remancipationis clausula, hoc est, ea fiducia, eaque lege, ut acquisitam hæreditatem remanciparet hæredi; procurator poterat adire, & per aditionem sibi acquirere hæreditatem, quam postea tenebatur mancipare hæredi, seu in eum mancipio transferre.

Sed explicatu difficile est, quomodo mancipari posset hæreditas ab hærede, antequam eam adiret, & acquireret. Erat enim mancipatio species alienatio- 47
nis: adeoque mancipari poterant solum ea, quæ erant in dominio mancipantis. Ulpian. *in fragm. tit. de dominiis & acquis. Mancipatio propria species alienationis est, & rerum mancipi, eaque fit certis verbis, libripende, & quinque testibus præsentibus.* Boët. *in Topic. Ciceron. Mancipatio erat species alienationis adhibitis quinque testibus, civibus Romanis*

nis puberibus, *& libripende*. Eleganter Plaut. *in Curculion.*

— *Ego ne ut ab lenone quicquam.*
Mancipio accipiam, quibus suum nihil est, nisi una lingua,
Qui abjurant, si quid creditum est? alienos mancipatis,
Alienos manumittitis, alienisque imperatis.

Mancipatio enim transferebat dominium de jure Quiritium, nempe dominium legitimum, atque perfectum. Quo pertinet illud Poëtæ Lucretii *lib.* 3.

Vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu. Unde sumpsit Arnob. *lib.* 2. *adversf. gent. Usu & illis est vita, non mancipio tradita*. Eleganter Cic. *lib.* 7. *epist. famil. Cujus quando proprium te esse scribis mancipio, & nexu, meum autem usu, & fructu, contentus isto sum*. Curius *ad Ciceronem epist. famil. lib.* 7. *Ergo fructus est tuus, mancipium illius*. Horat.

Si proprium est, quod quis libra mercatur, & ære.

Itaque res non poterat mancipari nisi a domino.

De eo etiam dubitari posset, an hæreditas mancipari possit. Certe ab Ul-
48 piano *in fragm. titulo laudato* non recensetur inter res mancipi, nec dicitur eam mancipari posse, sed solum notatur, eam in jure cedi posse: qua in re illud est animadversione dignum, quod hæreditas ab intestato cedi potest etiam antequam adeatur. In cessione non est necesse, ut res, quæ ceditur, mancipi sit: & ideo etiam prædia provincialia, quorum dominium legitimum haberi non poterat, cum eorum proprietas ad populum, aut Principem spectaret, cedi poterant, ut ibidem notat Ulpianus. In mancipatione autem necesse erat, ut, qui mancipabat, plenum ac legitimum rei dominium haberet, & ideo res non mancipi non poterant mancipari. Quo in numero fuisse puto etiam res incorporales exceptis servitutibus prædiorum rusticorum. Ideo autem hæreditatem legitimam etiam non aditam cedi potuisse existimo, quia cum ad eam hæres vocetur a lege, per cessionem ejusdem legis ministerio in ejus locum subrogatur is, cui ceditur hæreditas. Hinc recte ait Ulpianus: *Si, antequam adeatur hæreditas, in jure cessa sit, perinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse hæres legitimus esset*.

Quoniam in hæc incidimus, respondendum est alteri argumento, quod infirmat, ac labefactat sententiam, quam supra constituimus, nosque in eas adigit angustias, ex quibus vix ulla patet evadendi via. Nititur illud auctoritate Ciceronis *epistol.* 44. *lib.* 13. *ad Attic.* ubi ait: *Ex eo cognovi cretionem C. Li-* 49
vii liberam testibus præsentibus sexaginta duobus. Metuebam, ne ille arcessendus esset: nunc mittendum est, ut meo jussu cernat. & *Epist.* 45. *Idem Pollex remittendus est, ut ille cernat*.

Hotomannus ait, liberam fuisse cretionem, quia testator dederat facultatem hæredi vel per se, vel per procuratorem adeundi; legit autem: *testibus præsentibus, sexaginta diebus*. Quare non 50
potest dici libera ratione temporis, quia certum tempus erat præscriptum. Solum igitur cretio libera erat, quia testator facultatem dederat cernendi per procuratorem.

Sed non facile admiserim, potuisse 51
testatorem sua dispositione refragari juris dispositioni, & solemnibus actus legitimi, contra text. in *l. quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falc. in l. nemo potest ff. de legat.* 1. *in l. jus Publicum ff. de pact.* Nec possum omnino probare illam lectionem, licet ab aliis quoque recepta sit. Quorsum enim testes nominavit Cicero, si numerum eorum non adjecit? Quis ignorat, cretionem factam fuisse præsentibus testibus, nec aliter fieri potuisse? Supervacanea igitur est illa adje-

jectio testium, aut dispositio circa testes, nisi numerus eorum præscribatur. Quis hæredem hodie instituit adjecta lege, ut hæreditatem adeat, vel nuda voluntate, vel pro hærede gerendo? Ridicula esset hæc dispositio. De hoc jus disponit, non testator.

Duo itaque mihi videntur esse perfugia. Alterum, quod tutissimum est, ibi institutum fuisse filium, aut filiam Ciceronis, qui jussu ejus cernere debe-
52 bant. Nam & in cretione jussus patris erat omnino necessarius. Extat Antonini constitutio in Codice Gregoriano his verbis: *Si in potestate patris fuisti, cum hæreditas Bassæ tibi obvenit, eamque jussu patris crevisti, jure patriæ potestatis ei eam quæsisti*. Nec contrarium suadent illa verba Ciceronis: *nihil a nobis legavit*. Nam cum hæreditas patri statim acquiratur, *l. placet ff. de acquir. vel om. hæred.* ipse pater solvit legata.

Alterum est, quod ibi Ciceroni datus erat cohæres Titus Hordeonius, quo casu potest aliquatenus defendi sententia doctissimi Rævardi, quam modo
53 impugnavimus. Potest enim quis cohæredi mandare, ut adeat totam hæreditatem, adhibita fiducia, ut sibi postea mancipet, aut cedat portionem ad se pertinentem. Illud enim mandatum continet repudiationem mandantis: quo fit, ut ejus pars accrescat cohæredi adeunti. *l. qui ex duabus* 52. *§. ult. ff. de acquir. hæred. l. unic. §. his ita C. de caduc. tollen.* Itaque partem acquisitam potest postea in jure cedere, aut alio modo transferre in cohæredem. Veteres, ne recederent a regulis juris, sæpenumero his
54 circuitionibus utebantur. Exempla sunt: primum in acceptilatione, in qua procurator prius transfert obligationem in se ipsum, deinde a creditore liberatur per acceptilationem: *l. & per jusjurandum §. tutor ff. de accept lat.* qua de re uberius supra. Alterum in veteri mancipatione, in qua venditor fundum venditum mancipabat procuratori: procurator fundum mancipio acceptum remancipabat emptori: ut docet Cicero eodem libro. 13. *ad Atticum ep.* 48. *Vestorius ad me scripsit, ut juberem mancipio dari servo suo pro mea parte Heterio cuidam fundum Brinnianum, ut ipse ei Puteolis recte mancipio dare posset, eum servum, si tibi videbitur, ad me mitte*. Ergo Cicero mancipat fundum servo Vestorii ad se misso; servus acquirit fundum domino suo Vestorio; Vestorius mancipat emptori Puteolis. Huc etiam pertinet illud ex *epist.* 5. *ad Attic. lib.* 10. *Ad me nuper, se HS.* XXX. *emisse: (diversorium) ut scriberem, cui vellem addici. Diem pecuniæ Id. Novembr. esse rescripsi*. Hoc circuitu sæpe veteres utebantur, ne recederent a regulis juris. Simile quiddam apparet in Aquiliana stipulatione. Naturæ conveniens est, unumquodque eo genere dissolvi, quo & ligatum est. *l. nihil tam naturale ff. de reg. jur.* Idcirco obligationes, quæ verbis contractæ non erant, verbis dissolvi non poterant. *l. an inutilis* 8. *§. acceptum ff. de acceptil. §. item per acceptilationem Instit. tit. quib. mod. toll. oblig.* Ne recederent ab hac regula Ju- 55
risconsulti, statuerunt solummodo obligationes verbis contractas per acceptilationem tolli posse. Quod recta via fieri non poterat, per circuitionem assequutus est Gallus Aquilius, inventa Aquiliana stipulatione, per quam obligatio quocumque modo contracta transfunditur in obligationem verborum, & postea tollitur per acceptilationem. *l. & uno* 18. *§.* 1. *ff. de accept. §. est autem. Inst. tit. quib. mod. toll. oblig.* Et in cernenda hæreditate similem quemdam circuitum usurpasse non est improbabile.

Jam vero ad alia progrediamur. Filius, & servus adeunt hæreditatem jussu mandatoque patris, ac domini. *l. qui in aliena 6. l. si quis mihi §. sed quid si*

man-

mandavit ff. de acquir. hæredit. Sed qui mandato alterius aliquid gerit, procurator est. *l. 1. & toto tit. ff. de procurat.*

Facilis, & expedita distinctio. Procurator est, qui gerit aliquid mandato alterius, & ejus nomine; non vero qui gerit nomine proprio, licet id gerat, ut alicujus præceptis obtemperet. Pa-
56 tris, ac domini jussus est, non mandatum, quale est illud procuratoris. *l. si. quis mihi 25. ff. de aquir. hæred. l. si ego & servus ff. eod. l. servus dotalis* 58. *ff. solut. matrim. l. si servus 7. in fin. ff. de hæred. Inst. l. acquiruntur*, §. 1. *vers. ideoque ff. de acquir. rer. dom.* §. *item vobis Inst. tit. per quas person. cuique acquir.* Mandatum enim procuratoris est contractus, & perficitur utriusque consensu. *tot. tit. Instit. de mand. tit. ff. & C. eod.* Jussus patris, ac domini unius jubentis voluntate constat, cui filius, & servus tenentur obtemperare. Præterea filius, & servus, etsi adeant jussu patris, ac domini; tamen adeunt suo nomine, non alieno, & adeunt hæreditatem sibi delatam, non hæreditatem delatam patri, ac domino, quam utique adire non possunt. Procurator adit hæreditatem non suo nomine, sed mandantis; & adit hæreditatem non delatam sibi, sed mandanti. Uno verbo non adeunt hæreditatem sibi delatam pater, ac dominus per filium ac servum; sed filius ac servus adit hæreditatem sibi delatam jussu patris ac domini: & ipse filius ac servus fit hæres, *l. 3. & l. liberi 8. ff. de vulg.* licet eam statim acquirat patri ac domino, vi patriæ ac dominicæ potestatis. *l. placet ff. de acquir. hæred.*

Superest text. *in l. si infanti C. de jure deliber.* in qua permittitur patri aut
57 tutori infantis adire pro eo hæreditatem. Sed hoc specialiter a Justiniano constitutum est in solo infante, ut constat ex eadem *l.* §. *ult.* cum olim ipse infans adire deberet. *l. invito 66.* §. *si pupillo ff. ad SC. Trebellian.* Sed hoc ipsum demonstrat, pro alio adiri non posse.

His expositis rem in pauca contraham. Aut datus est procurator omnium bonorum: aut datus est procurator ad adeundam hæreditatem. Si datus est procurator omnium bonorum, hic certe adire non potest hæreditatem domino delatam: mandatum enim generale non tribuit facultatem adeundæ hæreditatis, sed requiritur mandatum speciale. *l. si quis mihi bona 25.* §. *sed utrum ff. de acquir. hæred.* Et præcipuum est in Pro- 58
curatore Cæsaris, ut possit adire: *l. 1.* §. *ult. ff. de offic. Procur. Cæs.* quam facultatem vel ipse Cæsaris Procurator habet solum, cum hæreditas est opulenta, non cum hæreditas solvendo non est. *l. 2. ff. eod.*

Si vero datus sit procurator adeundæ hæreditatis, rursus distinguendum est. Aut habet mandatum generale ad adeundam quamlibet hæreditatem, & hujusmodi mandatum est inutile. *d. l. si quis mihi* §. *an nominatim ff. de acquir. hæred.* Aut habet mandatum speciale ad adeundam certam hæreditatem. Et, si mandatum illud contineat hære- 59
ditatem viventis, pariter est inutile. *d. l. si quis mihi* §. *an nominatim ff. de acquir. hæred.*

Tota igitur quæstio eo redigitur, an possit hæres, cui jam delata est certa hæreditas, mandare procuratori, ut eam adeat. Et sane si simpliciter mandet, supervacaneum est mandatum: nam eo ipso adit hæreditatem, ut supra probavimus ex *l. si ego & servus ff. de acquir. hæred.* Itaque nihil superest peragendum procuratori, cum hæreditas semel adita amplius adiri non possit: quia statim transfert omne jus defuncti in hæredem adeuntem. *l. hæres in omne ff. de acquir. hæred.*

Solus igitur superest casus, cum hæres non mandat simpliciter, ut adeat hæ-

hæreditatem; sed cum hæreditas in longinquo posita sit, aut multis oneribus implicata, mandat procuratori, ut diligenter expendat, & excutiat vires hæreditatis; & si cognoverit, eam esse lucrosam, adeat. Quo casu in foro a plerisque receptum est, adiri posse hæreditatem per procuratorem: quod & Duarenus subodoratus est.

Enimvero hæc sententia non est absurda; & quoad effectum meo judicio verissima est: nam non ante hæres acquirit hæreditatem, quam procurator eam adiverit. Illud tamen falsum est, quod hæredi acquiratur ex aditione pro-
60 curatoris. Ei enim acquiritur ex sua voluntate, & ex propria aditione. Licet enim mandatum sit conditionale, & non inducat aditionem, quia hæreditas sub conditione adiri non potest; *l. actus legitimi ff. de reg. jur. l. Cum quis* 51. *ff. de acquir. hær.* tamen cum voluntas hæredis continuetur, & excurrat in illud tempus, quo aditur hæreditas a procuratore; non ex facto procuratoris acquiritur, sed ex voluntate hæredis cum facto procuratoris concurrente. Nam si voluntas hæredis non continuaretur, & non concurreret cum aditione procuratoris, nulla esset aditio. *ex text. in l. qui servum* 47. *& in l. sequent. ff. de acquir. hæred.* Cum autem voluntas hæredis, ejusque destinatio sola sufficiat ad adeundum, *l. si avia C. de jur. delib. §. ult. Instit. tit. de hæred. qual.* hac sola voluntate acquirit hæreditatem, & factum procuratoris solummodo tendit ad declarandam voluntatem hæredis. Declaratio autem, etsi necessaria sit; tamen non declaratione acquiritur hæreditas, sed voluntate, de qua constat per declarationem.

CAPUT XIII.

Ad l. 2. §. sed etsi mater ff. ad SC. Tertull. & l. 1. §. qui habebat ff. de bon. poss. cont. tab.

SUMMARIUM.

I. *Quæstio proponitur.*
II. *Jure veteri agnati vocabantur in infinitum. & n. 40.*
III. *Cognatus proximior, vel æque proximus, non excluditur a cognato remotiore, licet ille sit etiam agnatus.*
IV. *Quæ bonorum possessiones dentur transversalibus.*
V. *In successione non admittitur ordo subsequens, nisi deficiente penitus antecedente. & n. 29.*
VI. *Non defertur bonorum possessio ei, qui est ultra gradum a jure præscriptum.*
VII. *Bonorum possessio* unde cognati *soli proximo defertur.*
VIII. *Non consideratur in jure tertium genus conjunctionis ex cognatione & agnatione compositum, ex quo successio deferatur.*
IX. *Agnatus petens* unde cognati *non excludit cognatos proximiores, aut æque proximos.*
X. *In bonorum possessione* unde cognati *sola proximitas spectatur.*
XI. *Nec attenditur jus agnationis.*
XII. *Et agnati admittuntur ultra sextum gradum.*
XIII. *Agnati sunt cognati.*
XIV. *Aliquando eadem est conjunctio tam agnationis, quam cognationis: aliquando diversa, & quid operetur.*
XV. *Non defertur bonorum possessio* unde cognati, *nisi deficiente* unde legitimi. *& n. 16.*
XVII. *Soror olim patri præferebatur in successione.*
XVIII. *Mater autem patri postponebatur.*
XIX. *Nemo potest simul uti duplici jure in succedendo.*
XX. *Incapax succedendi jure agnationis, non potest uti eo jure succedens inter cognatos.*
XXI. *Non defertur successio ei, qui est ultra gradum successioni præscriptum.*
XXII. *Frustra petitur successio, quæ non est delata.*
XXIII. *Non prodest proximitas ei, qui non est ex genere vocatorum, & explicatur exemplis.*
XXIV. *Ut quis admittatur ad successionem, tria requiruntur.*
XXV. *Successio agnatis non defertur jure proximitatis, sed jure agnationis. & 26.*

XXVII.

XXVII. Succedens tamquam nepos non potest uti prærogativa filii, etiamsi sit filius: & contra, si velit succedere tamquam filius, non potest uti prærogativa nepotis. & 28.

XXIX. Succedens in secundo ordine non potest mutuari qualitatem tertii ordinis.

XXX. Qualitas non potest esse sine substantia, cui cohereat.

XXXI. Generatio & cognationem & gradum simul efficit.

XXXII. Gradus est a cognatione inseparabilis.

XXXIII. Nec potest transferri de una conjunctione ad aliam.

XXXIV. Duplex vinculum ultra fratrum filios non attenditur.

Maxime si utrumque non sit ejusmodi, ut tribuat jus succedendi.

XXXV. Bonorum possessio unde legitimi *datur solum a lege vocatis ad hereditatem.*

XXXVI. Proximus agnatus & a lege, & a Prætore vocatur, & præfertur omnibus cognatis.

XXXVII. Proximus dicitur etiam, qui solus est.

XXXVIII. Agnatio est nomen civile, & consistit in prærogativa succedendi in hæreditatibus, & tutelis.

XXXIX. Sublata hac prærogativa tollitur agnatio: & probatur exemplis.

XLI. Proximus est, quem nemo præcedit.

XLII. Proximitas, quam quis habet tamquam cognatus, non constituit eum proximum agnatum.

XLIII. In fideicommissi agnatitiis desumi potest proximitas a cognatione juxta communem Pragmaticorum sententiam.

XLIV. Successio intestata differt a testamentaria.

XLV. Capax succedendi facilius potest proximitatem gradus mutuari quam incapax.

XLVI. Gradus non tribuit jus succedendi incapaci.

XLVII. Fœmina nubens in familia conservat, & propagat agnationem: sed refellitur hæc opinio nn. seqq.

XLVIII. Fœmina per nuptias non transit in familiam viri: nec desinit esse agnata, & manet in potestate patris: & fit affinis viro, non agnata.

XLIX. Filii vulgo quæsiti sunt cognati matri suæ, & inter se.

L. Filii sunt patris, non matris agnati: & patris, non matris familiam sequuntur.

LI. Nemo potest esse agnatus illis, quibus per matrem conjungitur.

LII. Jure Civili sæpenumero fœminæ nubebant in familia: & afferuntur exempla.

NOvam, & ab Interpretibus nostris hactenus non agitatam quæstionem de bonorum possessionibus aggredimur. Ex facto quæsitum fuit: Decessit Cajus ab intestato: concurrunt ad ejus successionem Titius agnatus Caji ultra decimum gradum, ejusdemque cognatus in tertio, utpote natus ex sorore defuncti; & Sempronius cognatus Caji in secundo gradu: quis eorum
præferatur in bonorum possessione. Quæ- 1
stio proponi potest in genere: An cognatus remotior excludat cognatum proximiorem, vel æque proximum, dummodo sit defuncto conjunctus etiam jure agnationis, sed ultra gradum in successione præscriptum. Sustulit hanc controversiam jus novissimum, sublata prærogativa agnationis. Itaque hac de re disputari solummodo potest, aut secundum jus vetus, quo agnati præferebantur cognatis; aut secundum jus municipale, quo ubique fere locorum agnati usque ad certum gradum cognatis præferuntur.

Respondi, hanc quæstionem jure ve-
teri non fuisse definitam. Licet enim 2
eo jure agnati cognatos excluderent; tamen nullus usquam gradus agnatorum successioni præscriptus est, & ubique vocantur ad successionem sine ulla præfinitione. *l.* 2. §. *agnati* & §. *hæc hereditas ff. de suis & legit. hæred. l. Jurisconsultus* 10. *ff. de gradib. & affin.* §. 1. *Instit. tit. de legit. agn. tut.* §. *ult. Inst. tit. de servil. cognat.* §. *ceterum Instit. tit. de legit. agn. success. novell.* 118. *cap.* 3. *l. unic. C. unde vir & ux. l.* 1. *C. de bon. vac.* Solus Justinianus exempli causa nominavit decimum gradum in §. *hoc loco Instit. tit. de success. cogn.* Cum igitur in jure nostro nusquam successio agnatorum intra certum ac definitum gradum cogatur, non potest in eo reperiri exemplum agnati non succedentis, eo quod sit ultra gradum præscriptum successioni agnatorum.

Admissa tamen communi sententia, præscribente decimum gradum agnatorum successioni, vel examinando contro-

troversiam de jure municipali, verissimum puto, cognatum proximiorem, vel
3 æque proximum non excludi a cognato, qui sit simul agnatus defuncti, sed ultra gradum successioni præscriptum. Ut autem id demonstremus, duo sunt præmittenda.

4 Primo, quod transversalibus duæ tantum competunt bonorum possessiones: *Unde legitimi, & unde cognati*. §. *sed eas Inst. tit. de bon. poss. l.* 1. *ff. quis ord. in bonor. poss. serv.* Itaque Titius remotior cognatus, & simul agnatus, aut petere debet bonorum possessionem *unde legitimi*, tamquam agnatus; aut *unde cognati*, tamquam cognatus. Neque enim ulla alia bonorum possessio ei defertur.

Secundo, quod in successione ab intestato, & præsertim in bonorum possessionibus, plures divisi sunt gradus, seu ordines succedentium: veluti de jure veteri liberorum, legitimorum, cognatorum: de jure novissimo descendentium, ascendentium, & collateralium. *l.* 1. §. 1. *ff. si tab. testam. null. extab.*
5 *novell.* 118. *cap.* 1. 2. & 3. Atque ita divisi sunt, ut, quamdiu superest persona aliqua primi ordinis, non admittatur quisquam secundi ordinis, nec ad tertium ordinem progredi possimus, nisi secundo penitus excluso, ac terminato. *l. filius qui* 42. §. *cum filium ff. de bon. libert. l.* 1. §. *sed videndum*: ibi: *ceteris defertur ff. de success. edict.* juncta *l. delata* 151. *ff. de V. S.* Itaque hi ordines confundi, & commisceri non possunt, quia non defertur hæreditas, & bonorum possessio ordini subsequenti, nisi deficientibus omnibus personis ordinis antecedentis. *d. l.* 1. & *d. l. delata*.

Hisce præmissis, quæ sunt exploratissimi juris, ad rem veniamus. Aut Titius petit bonorum possessionem *unde legitimi*, aut *unde cognati*: nulla enim alia ipsi deferri potest. Bonorum posses-
6 sionem *unde legitimi* frustra petit: quia, cum supponamus, hanc bonorum possessionem non deferri agnatis ultra decimum gradum, a jure præscriptum successioni agnatorum; & Titium esse agnatum ultra decimum gradum; evidens est, Titio hanc bonorum possessionem non deferri.

Frustra etiam petet bonorum possessionem *unde cognati*, quia, cum hæc proximitatis jure deferatur, excluditur a Sempronio, quem supponimus esse cognatum proximiorem. *princ. tit. Instit. de success. cognat. l.* 1. §. *si quis proximior. ff. unde cognat. l.* 2. *in fin. C. de successor. edict. novell.* 118. §. *si vero*. Nulla igi- 7
tur ei defertur bonorum possessio: non *unde legitimi*, tamquam agnato, quia est ultra gradum successioni præscriptum; non *unde cognati*, tamquam cognato, quia non est proximus.

Cum non possit admitti ad successionem neque tamquam agnatus, neque tamquam cognatus, superest tantummodo, ut petat bonorum possessionem utroque jure simul, tam agnationis, quam cognationis: hoc est, ut conjungat agnationem cum cognatione, & simul utatur utraque prærogativa agnatorum, & cognatorum, inaudita quadam incisione 8
agnationis & cognationis, ex qua fiat tertium quoddam genus conjunctionis ex utraque compositum; & tertius ordo successionis cum secundo commisceatur, & confundatur. Atqui nec hi duo ordines, qui sunt inter se omnino distincti, ac separati, possunt commisceri, ut initio probavimus; nec ulla usquam a Prætore proposita est specialis bonorum possessio venientibus ad successionem utroque jure, cum agnationis, tum cognationis. Ergo, si neque admittitur ad bonorum possessionem *unde legitimi*, neque ad bonorum possessionem, *unde cognati*; neque proposita est ulla alia bonorum possessio, ad quam possit admitti, utique nulla ei defertur, nulla competit bonorum possessio.

Atque hæc clarissima sunt germanam ju-

juris scientiam callentibus. Quia tamen multi hic hærent, nec facile se possunt expedire, enucleanda sunt accuratius. Si Titius id agit, ut admittatur, & tamquam agnatus simul, & tamquam cognatus, alterutrum necessarium est: vel ut petat bonorum possessionem *unde cognati*, tamquam cognatus, & ab agnatione mutuetur jus agnationis, quo fulciat, & corroboret cognationem, per se infirmam, & incapacem successionis: vel, ut petat bonorum possessionem, *unde legitimi*, tamquam agnatus, & a cognatione mutuetur gradus prærogativam, seu proximitatem, qua destituitur agnatio. Utrumque autem est contra regulas, & præcepta juris; & ideo neutrum Titio permittendum.

Non potest Titius petendo bonorum possessionem *unde cognati*, & succedens tamquam cognatus, mutuari prærogativam, & jus prælationis ab agnatione ad excludendum proximiorem cognatum.

9 Etenim agnatus, qui petit bonorum possessionem *unde cognati*, etiamsi sit agnatus in gradu successibili; tamen non præfertur cognatis proximioribus, aut æque proximis, sed inter ceteros æque proximos admittitur; *l.* 1. §. *sed videndum*, ibi *: inter ceteros ff. de success. edict.* §. *placebat*. ibi : *imperfecto jure. Inst. tit. de agnat. success.* & ibi omnes Interpretes; & est in confesso apud omnes DD. Itaque fœmina agnata, quæ olim admittebatur inter cognatos, non præferebatur cognatis æque proximis, sed succedebat secundum gradus prærogativam. §. *ceterum. vers. sed quia Inst. tit. de legit. agnat. succes.*

10 Ratio autem duplex est. Prima, quia hæc bonorum possessio solius proximitatis nomine defertur, & ideo appellatur in jure nostro bonorum possessio *proximitatis nomine*. §. *eos*, & §. *vulgo* & §. *ult. Instit. tit. de success. cogn. princ. tit. Instit. de serv. cognat. l. capitis* 3. *l. si spurius* 4. *ff. unde cognat. l. ad intestati* 5. *C. de legit. hæred. l. item* 8. *ff. de suis, & legit. hæred. l. qui admitti l.* 1. *l.* 2. §. *nam si quis* 1. *ff. de jur. & fact. ignor.* Itaque in hac bonorum possessione deferenda Prætor nihil aliud considerat, quam gradus proximitatem.

Altera ratio est, quia, qui vult frui privilegio, ac prærogativa agnationis, petere debet bonorum possessionem *unde legitimi*, quæ jure agnationis defertur. Qui petit bonorum possessionem *unde cognati*, hoc ipso declarat, se nolle uti jure agnationis: nec posset uti, si vellet: quia, ut initio diximus, cum sint 11
separati ordines succedendi, ita ut simul concurrere non possint; qualitas, & prærogativa secundi ordinis in tertium transferri non potest, in quo sola cognationis conjunctio consideratur. Quamobrem licet agnati in bonorum possessione *unde legitimi* admittantur etiam usque ad decimum gradum; tamen in 12
bonorum possessione *unde cognati* non admittuntur ultra sextum : *l. octavi ff. unde cognat.* & DD. omnes : quia in hoc tertio ordine nulla habetur agnationis ratio.

Ex his procul dubio infertur, Titium succedentem, tamquam cognatum, per bonorum possessionem *unde cognati*, non posse excludere proximiorem cognatum, propterea, quod sit etiam agnatus. Etenim si ille, qui est agnatus, intra gradum successioni præscriptum, uti non potest prærogativa agnationis, quando succedit in tertio ordine, tamquam cognatus; multo minus ea uti poterit, qui est agnatus ultra gradum successioni præscriptum. Si illi non prodest agnatio, licet ipsa per se sit utilis ad succedendum; multo minus huic prodesse potest illa agnatio, quæ non est utilis ad succedendum, neque reddit Titium capacem successionis. Illud etiam animadvertendum est, quod, quando agnatus succedit in tertio ordine, tamquam cognatus, idem est vinculum, eadem-
que

que conjunctio ſanguinis, qua conſti-
13 tuitur & agnatus, & cognatus. Nam
& agnati ſunt cognati, eademque con-
junctio ſanguinis, quæ facit agnatum,
facit etiam cognatum. §. 1. *Inſtit. tit.
de leg. agnat. tut. & §. 1. de legit. agn.
ſucceſſ.* Itaque etſi omiſerit bonorum poſ-
ſeſſionem *unde legitimi*, tamquam agna-
tus; & petat bonorum poſſeſſionem *un-
de cognati*; tamen in petenda hac bono-
rum poſſeſſione utitur eodem vinculo,
eademque conjunctione ſanguinis, quæ
tribuit ipſi jura agnationis. Verum,
quia venit ad ſucceſſionem tamquam
cognatus, non tamquam agnatus; nihi-
lominus non poteſt allegare jus agna-
tionis ad excludendum æque proximum,
aut proximiorem cognatum. Multo mi-
nus igitur id allegare poterit, quando
jus agnationis non promanat ab eo vin-
culo, eaque conjunctione ſanguinis, quæ
tribuit ipſi jura ſucceſſionis. Si conjun-
gi non poteſt jus agnationis cum agna-
tione, quando utraque manat ab una,
eademque conjunctione ſanguinis, & ni-
titur uno, eodemque vinculo conſan-
guinitatis, quo ad ſucceſſionem admit-
titur, quanto minus conjungi poterunt
in caſu noſtro, in quo duæ ſunt cauſæ
diſtinctæ, ac ſeparatæ, agnationis, &
cognationis; duo ſunt vincula; duæ con-
junctiones; & conjunctio, per quam
admittitur ad ſucceſſionem tamquam co-
gnatus, nihil commune habet cum con-
junctione, per quam eſt agnatus? Pri-
mo caſu idem eſt agnatio, & cognatio,
& eatenus tantum differt, quatenus in
cognatione conſideratur conjunctio ſan-
guinis in genere; in agnatione conſide-
ratur in ſpecie, quatenus eſt ſpecialis
conjunctio per maſculos; ceterum eſt
una & eadem conjunctio. In caſu no-
ſtro diverſa eſt agnatio a cognatione:
diverſæ enim ſunt conjunctiones, diver-
ſæ perſonæ, ex quibus utraque oritur.
14 Confirmatur, quia aut Titio defer-
tur bonorum poſſeſſio *unde legitimi*,
tamquam agnato, aut non defertur.
Neutro caſu poteſt excludere proximio-
rem cognatum petendo bonorum poſſeſ-
ſionem *unde cognati*. Nam ſi ei defer-
tur bonorum poſſeſſio *unde legitimi*, uti-
que non poteſt petere alteram bonorum
poſſeſſionem *unde cognati*, niſi repudiet
bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*, quæ
prius defertur. Neque enim fit locus 15
cognatis, niſi deficientibus, aut repu-
diantibus agnatis: neque defertur bono-
rum poſſeſſio *unde cognati* perſonis vo-
catis in tertio ordine, quamdiu perſo-
næ vocatæ in ſecundo ordine poſſunt
petere bonorum poſſeſſionem *unde legi-
timi*; quia hæc illam præcedit. *princ.
tit. Inſtit. de ſucceſſ. cognat.* §. *fin. in fin.
Inſtit. de ſervil. cognat. l. 1. ff. quis ord.
in bonor. poſſeſſ. ſervet.* Repudiata autem
bonorum poſſeſſione *unde legitimi*, non
poteſt amplius uti jure, & prærogativa
agnationis ad excludendum proximiorem
cognatum. Probatur id evidenter ex *l.
2. §. ſed etſi ipſa mater 19. ff. ad SC.
Tertullian.* Species ejus legis hæc eſt. 16
Antonius ex Fauſtina filia nepotem ha-
bebat. Eum adoptavit in locum filii.
Deceſſit hic filius adoptivus: quæſitum
eſt, ad quem deferatur ejus ſucceſſio,
utrum ad Antonium patrem, an ad
Fauſtinam? Fauſtina defuncti mater eſt,
& ſoror: mater ratione generationis;
ſoror jure adoptionis. Soror olim patri 17
præferebatur. §. *præferuntur Inſtit. tit. de
SC. Tertull. d. l. 12. §. ſi ſit conſanguinea
ff. ad SC. Tertull.* Mater vero patri poſt- 18
ponebatur. *d. §. præferuntur & d. l. 2.
§. undecumque ff. ad SC. Tertull.* Itaque
Fauſtina duplici vinculo conjungitur de-
functo, & qua mater eſt, & qua ſoror;
& duplici jure poteſt ſuccedere, & tam-
quam ſoror, & tamquam mater. Tam-
quam ſoror excludit patrem: tamquam
mater a patre excluditur. Reſpondet igi-
tur JC. in *d. l. 2. §. ſed etſi ipſa mater*;
quod ſi Fauſtina petat hæreditatem, tam-
quam ſoror, excludit patrem; ſi vero 19
re-

M 2

repudiavit jus consanguineæ, & veniat tamquam mater, a patre excluditur: quia, quæ petit hæreditatem, tamquam mater, non potest uti jure sororis, licet soror sit. Etenim non defertur ei hæreditas, tamquam matri, nisi prius extincto jure succedendi, quod habebat tamquam soror, vel per repudiationem, vel per lapsum temporis: ac propterea uti non potest eo jure, quod jam extinctum est. Ita in casu nostro Titius duplici vinculo conjungitur defuncto, agnationis, & cognationis, & duplici jure potest admitti ad successionem: sed si velit succedere, tamquam cognatus, non potest uti jure agnationis, quæ nullum amplius ei præstat jus succedendi, cum sit extinctum vel per repudiationem, vel per lapsum temporis.

Quod si Titio non defertur bonorum possessio *unde legitimi*, sed sola bonorum
20 possessio *unde cognati*; quia non est agnatus intra gradum præscriptum successioni agnatorum; multo minus in succedendo uti poterit jure agnationis ad excludendum proximiorem cognatum: quia hoc jus succedendi ratione agnationis numquam habuit. Si jus succedendi ratione agnationis nobis non prodest, quando illud amisimus, quanto minus prodesse potest, quando numquam habuimus? Qui repudiavit, ipse per se jure capax est successionis inter agnatos: hic autem nec est, nec umquam fuit capax successionis. Ille (ut a Scholis formulas mutuemur) privatur successione, quæ defertur agnatis, accidentaliter: hic vero essentialiter. Absurdum est plus juris huic tribuere, quam illi: sicut absurdum esset plus tribuere ei, qui intestabilis est, quam ei, qui jure fuit institutus, licet omiserit hæreditatem.

Hactenus demonstratum est, non posse Titium, petentem bonorum possessionem *unde cognati*, mutuari prærogativam, & jus succedendi ab agnatione, ut excludat proximiorem, vel æque proximum cognatum. Superest demonstran- 21
dum, quod nec admitti potest ad bonorum possessionem *unde legitimi*, mutuando proximitatem, & gradum a cognatione. Si enim Titius est agnatus ultra gradum successioni præscriptum, & nulli alii sunt agnati, non defertur hujusmodi successio. *l. delata ff. de V. S.* Frustra igitur petitur bonorum possessio *unde legitimi*, si ea non defertur: & frustra quæritur de proximitate gradus, non delata bonorum possessione: frustra 22
enim petit successionem ille, cui delata non est *l. 1. §. decretalis ff. de success. edict.* juncta *l. is potest ff. de acquir. hæred. l. in plurium ff. eod.* Item prius necesse est, ut quis sit ex genere vocatorum ad eam successionem; deinceps, ut sit proximus; nihil enim prodest gradus proximitas ei, qui non habet jus 23
capiendæ hæreditatis. Emancipati olim, & nunc erant filii, & erant proximi: utrumque tamen nihil eis proderat, quia a lege duodecim Tab. non erant vocati ad hæreditatem. *§. emancipati Instit. tit. de success. quæ ab int.* Mater ante Senatusc. Tertullianum erat proxima, non tamen excludebat remotiorem agnatum, quia non habebat jus capiendæ legitimæ hæreditatis *princ. tit. Instit. de SC. Tertull.* In summa, ut quis admittatur ad successionem ab intestato, ceteris omnibus exclusis, tria concurrant necesse est. Primum, ut delata sit hæreditas, & successio: deinde, ut ille sit ex genere 24
vocatorum ad eam successionem: denique ut sit omnium vocatorum proximus. Titius in casu nostro, etiamsi posset mutuari proximitatem gradus a cognatione, tamen non posset succedere, quia neque delata est agnatis successio, cum nulli sint intra gradum a lege præstitutum; neque est ex genere vocatorum ad bonorum possessionem *unde legitimi*: vocantur enim ad eam legitimi hæredes, ille autem non est hujusmodi, ut infra probabimus: & vocan-

cantur usque ad certum gradum, non ultra; ille autem est ultra gradum, ac proinde non est ex numero vocatorum; nihilque ei prodesse potest proximitas, quam a cognatione mutuatur.

Alia quoque de causa a cognatione adscita proximitas prodesse non potest ad excludendum proximiorem cognatum, quia agnati cum cognatis concurrentes in successione, eos excludunt jure agnationis, non jure proximitatis: succedunt enim agnati non jure proximitatis, sed solum jure agnationis. §. *ult. vers. toties Instit. tit. de servil. cognat. l. spurius* 4. *ff. und. cognat. l. ab intestat.* 5. *C. de legit. hæred.* §. *fin. Inst. tit. de success. cogn.* & ibi Vult. *n.* 4. Cujac. in *l.* 1. §. *pro-*
25 *ximus ff. unde cogn.* Cum enim agnati remotiores præferantur proximioribus cognatis, utique præferri non possunt jure proximitatis: nam jure proximitatis remotior non potest excludere proximiorem, sed semper proximior præfertur. *auth. de hæred. ab intest.* §. *si vero l. Jurisconsultus* 10. *in princ. ff. de gradib.* Itaque in concursu agnatorum, & cognatorum non proximitas spectatur, sed solum jus agnationis: & ideo soli cognati proximitatis nomine succedere dicuntur, non agnati, ut supra probavimus. Frustra igitur Titius mutuatur proximitatem a cognatione, cum non habeat jus agnationis, jus capiendæ legitimæ hæreditatis, quo solo nititur agnatorum successio, & quo sublato præferri non potest proximioribus, aut æque proximis.

Dico jam, quod Titius ne quidem potest mutuari proximitatem a cognatione, & uti gradu proximitatis, quem habet tamquam cognatus, si velit succedere jure agnationis. Probatur id primo, quia nemo, qui aliquo titulo ad-
26 spirat ad successionem, uti potest qualitate, aut gradu, quem habet alio nomine; nec cuiquam permittitur ex duabus personis, quas potest repræsentare, unam conflare, & conjungere duas qualitates ad excludendum proximiorem, vel æque proximum. *l.* 1. §. *qui habebat ff. de bonor. poss. contr. tab.* Quidam habebat Cajum filium, & ex eo nepotem Sejum. Emancipavit Cajum, eumque adoptavit in locum nepotis. Quæritur, an Cajus Sejo præferatur in parentis successione. Et quidem, si potest mutuari proximitatem a se ipso, quam habet tamquam filius, utique præferendus est nepoti Sejo. Sejum enim præ- 27
cedit, cum sit in primo gradu, tamquam filius defuncti, & Seji pater; & sit in potestate propter adoptionem. Nihilominus tamen respondet JC. Cajum Sejo præferendum non esse: ratio est, quia in potestate est, quasi nepos adoptivus, non quasi filius; *l.* 1. §. *si quis filium ff. si tab. test. null. extab.* & quasi nepos est in pari gradu cum Sejo, nec ipsum præcedit. Et quamvis sit etiam filius; tamen cum succedat quasi nepos, uti non potest proximitate, quam habet quasi filius. Si vero velit succedere, tamquam filius, non poterit uti prærogativa sui hæredis, quam habet quasi nepos: quia quasi nepos est in potestate: quasi filius autem est emancipatus. Uno verbo, si petat successionem, quasi filius, quia est emancipatus, jungitur nepoti in potestate existenti. *l.* 1. §. *si quis filium ff. si tab. testam. nullæ extab. l.* 1. *& tot. tit. ff. de conjung. cum emanc. liber.* Si vero petat, quasi nepos, est in pari gradu cum altero nepote: nec potest eum excludere ea de causa, quod ipsum præcedat, quasi filius, adscita proximitate a persona filii. In hoc casu non agitur de adsciscenda proximitate ab alio ordine succedendi, quia tam filius, quam nepos succedunt in primo ordine liberorum. Item non agitur de admittendo ad successionem eo, qui natura sua sit incapax ejus successionis, quia, sive veniat quasi filius, sive quasi nepos, sem-

per

per habet jus capiendæ hæreditatis. *tot.
tit. Instit. de hæredit. quæ ab int. defer.*
Contra in casu nostro, qui successurus
est in secundo ordine, tamquam agna-
tus, vult adsciscere proximitatem a ter-
tio ordine cognatorum; &, qui non
habet jus capiendæ hæreditatis, quasi
agnatus, jus illud consequi vult adscita
proximitate cognatitia, quæ est alterius
generis, atque ideo non potest tribuere
jus succedendi inter agnatos. Quam sint
hæc absurda, nemo non videt.

Confirmatur ex *l.* 2. §. *sed etsi ipsa ma-
ter ff. ad SC. Tertull.* quam supra ex-
posuimus: ubi mulier, quæ simul est
mater, & soror defuncti; si veniat tam-
quam mater, non potest uti prærogati-
va, quam habet, tamquam soror, ex-
28 cludendi patrem. Hic quoque neque fie-
ri debet transitus de uno ordine ad
alium; neque tribui debet jus succeden-
di ei, qui nullum jus habet, ut in ca-
su nostro.

Probatur secundo, quia supra demon-
stratum est, quod, si Titius, quasi co-
gnatus, petat bonorum possessionem *un-
de cognati*, non potest uti jure agnatio-
nis, licet sit agnatus: ergo multo mi-
nus, si, quasi agnatus, petat bonorum
possessionem *unde legitimi*, poterit uti
prærogativa cognationis. Facilius enim
qualitas secundi ordinis in tertium de-
rivari potest, quam qualitas tertii or-
dinis a secundo præoccupari. Ratio est,
quia successio prius defertur secundo or-
dini, deinceps vero tertio: itaque, cum
succedit, quasi cognatus, in tertio or-
dine, facile posset retinere prærogati-
vam, quam habebat, cum ipsi succes-
sio deferebatur in secundo ordine, qua-
si agnato. Contra vero, cum succedit
29 in secundo ordine, quasi agnatus, non
potest præoccupare qualitatem, quam
habiturus est in tertio ordine, quasi co-
gnatus, quia tertii ordinis nulla habe-
tur ratio, quamdiu exstant personæ se-
cundi ordinis, cum tertio ordini suc-
cessio non deferatur, nisi penitus exclu-
so, ac terminato secundo ordine. *l. fi-
lius qui* 42. §. *cum filius ff. de bon. libert.*

Tertio, quia gradus, & proximitas,
cum sint qualitates cohærentes cognatio-
ni, non possunt de cognatione in agna-
tionem transferri, & de una conjun-
ctione ad aliam, quia qualitas esse non
potest sine substantia, cui cohæret. *l. si
servum* 4. §. *si modus*, & ibi Castrens.
n. 3. *ff. de action. empt.* Bellon. *conj.* 2.
n. 81. Cohæret autem inseparabiliter co- 30
gnationi proximitas gradus; quia gene-
ratio producit cognationem. *l.* 1. §. *co-
gnati ff. unde cognati. l. non facile* 4. §.
cognati ff. de gradib. Eadem vero gene- 31
ratio facit simul etiam gradum. §. *ha-
ctenus Instit. tit. de gradib. cognat.* Nec
potest separari gradus a cognatione, quia
nemo potest esse cognatus, quin sit in
aliquo gradu cognatus: & contra nemo
potest esse in aliquo gradu conjunctus,
quin sit cognatus. Multo minus gra- 32
dus, qui uni conjunctioni cohæret, ad
aliam transferri potest: quoniam tot
sunt gradus, quot generationes, & ge-
neratio addita gradum adjicit. *d.* §. *ha-
ctenus Instit. tit. de grad. cognat.* Itaque
si in una conjunctione tres sunt gene- 33
rationes, in alia duodecim; non possunt
illi tres gradus ab illa conjunctione ad
hanc transferri: quia generationes, qui-
bus illa conjunctio connectitur, & nu-
mero, & specie diversæ sunt ab his ge-
nerationibus, quibus connectitur hæc al-
tera conjunctio. Quamobrem absurde
diceretur Titius agnatus defuncti in ter-
tio gradu: nam cum in conjunctione
per masculos inter Titium, & defun-
ctum intercesserint duodecim generatio-
nes, non possunt hæ constituere tres
gradus, sed necesse est, ut constituant
duodecim gradus. Est quidem Titius in
tertio gradu cognatus: sed generatio-
nes, per quas cognatus constituitur,
sunt omnino diversæ ab illis, per
quas constituitur agnatus, & ideo di-
ver-

versi etiam sunt gradus.

Nec potest Titio prodesse duplex vinculum, agnationis, & cognationis: tum
34 quia tunc prodest duplex vinculum, quando utrumque est idoneum & aptum ad tribuendum jus succedendi; in casu autem nostro vinculum agnationis non est hujusmodi: tum quia duplex vinculum non consideratur ultra fratrum filios, ut est in confesso apud omnes DD. ex *authent. post fratres C. de leg. hæred.* Itaque si cum patruo concurrat alter, qui sit simul patruus & avunculus, nihil illi prodest duplex vinculum agnationis & cognationis ad excludendum patruum, ut notat Bartol. in *l. post suos §. legitima ff. de suis, & legit. hæred.* & clarius Anton. de Rosell. *de success. ab int. n.*158.

Denique probatur, quia bonorum possessionem *unde legitimi* Prætor dabat solum illis, qui a jure Civili vocabantur ad hæreditatem in secundo ordine agnatorum, seu legitimorum hæredum. *l.* 2. *§. hæc autem l.* 1. *& l.* 3. *ff. unde cogn.*
35 Sed jus Civile nullam omnino rationem habebat cognatorum *princ. tit. Instit. de SC. Tertull. l.* 1. *unde cogn.* Ergo nec Prætor in danda bonorum possessione *unde legitimi* habet ullam rationem cognationis: alioquin ad hanc bonorum possessionem vocaret aliquem, qui a legibus non vocabatur.

His probe constitutis evidenter constat, Titium ad neutram bonorum possessionem admitti posse, ita ut excludat proximiorem, vel æque proximum agnatum. Jam vero, quid contra dici possit, examinemus. Doctissimi Advocati, qui contrariæ sententiæ patrocinium susceperunt, ejus multa jaciunt fundamenta, quæ mihi oppidò videntur infirma.

Primum fundamentum est hujusmodi. Titius est agnatus: Titius est proximus defuncto, utpote conjunctus in
36 tertio gradu: ergo Titius est proximus agnatus. Atqui proximus agnatus, & ad legitimam successionem a lege vocatur, & a Prætore ad bonorum possessionem *unde legitimi; princ. tit. Instit. de legit. agnat. success. §. ult. Instit. tit. de success. cogn. l. Jurisconsultus* 10. *in princ. ff. de grad. l.* 2. *ff. de suis, & legit. hæred. l. pronunciatio* 195. *§.* 1. *ff. de V. S.* & præfertur omnibus cognatis; *§. ult. Instit. tit. de servil. cognat. l.* 1. *in princ. ff. quis ord. in bonor. poss. servet.* & proximus est etiam, qui solus 37
est. *l.* 2. *§. legitima ff. de suis, & legit. l.* 1. *§. proximus ff. unde cogn. l. proximus* 115. *ff. de V. S. §. si plures Instit. tit. de legit. agn. success.*

Sed facilis est, & prompta responsio. Utrumque enim falsum est; & quod Titius sit agnatus, & quod sit agnatus proximus. Vere Titius non est agna- 38
tus, cum sit ultra gradum successioni præstitutum. Agnationis enim nomen non naturale est, sed civile. *l. non facile* 4. *§. cognationis l. Jurisconsultus* 10. *§. inter agnatos ff. de gradib. & affin. §. ult. Instit. tit. de legit. agnat. tut.* Consistit autem agnatio in prærogativa successionis, & tutelæ, quæ a jure Civili tribuitur illi certæ conjunctioni sanguinis: & sublata hac prærogativa tollitur agnatio, & superest sola cognatio, seu conjunctio sanguinis; ut evenit per capitis diminutionem. *§. ult. Instit. tit. de legit. agnat. tut.* Quamobrem quia 39
lex duodecim tabularum vocabat ad hæreditatem non omnes liberos, sed solum suos hæredes; idcirco liberi, si non erant sui hæredes, nec erant agnati. *l. scripto* 6. *vers. & alioquin ff. unde liber.* Eadem de causa, quia lege Voconia fœminæ excludebantur ab hæreditate, licet per masculos essent conjunctæ, tamen non dicebantur agnatæ. *l.* 2. *§. agnati ff. de suis, & legit. hæred.* & ideo Ulpianus in definitione agnatorum semper excludit fœminas: ut in *fragm. tit. de tutel.* ibi: *agnati sunt a patre cognati virilis sexus, per virilem sexum descendentes.* & in *tit. de legit. hæred.* ibi: *agnatos, id est, cognatos virilis sexus,*

nus, per mares descendentes ejusdem familiæ. Quibus definitionibus ostendit, quod sicut ad substantiam agnati requirebatur, ut esset masculus, ita requirebatur ut esset vocatus ad successionem. De substantia igitur agnationis est jus succedendi. Hinc doctiores Interpretes recte putant, olim agnatos suc-
40 cessisse in infinitum, atque id ex eo merito deducunt, quod *in l. 2. §. agnati ff. de suis & legit.* agnati dicuntur, qui nascuntur per mares in infinitum. Neque enim dici possent agnati, nisi haberent jus successionis, in quo consistit agnatio. Barry *de success. lib.* 18. *tit.* 3. *n.* 8. Forster. *de success. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 1. Vinn. *ad §. fin. n.* 4. *de success. cogn.* & ibi Timæ. Faber.

Sed ne verbi controversia nos misere torqueat; sive Titius sit vere agnatus, sive non sit; illud certissimum est, eum non esse agnatum, quoad jus succedendi, cum sit ultra gradum a lege præscriptum. Itaque falsum est, Titium esse agnatum in ea significatione, in qua accipitur. In hac enim enunciatione: *Titius est agnatus*: nomen agnati refertur ad jus succedendi; alioquin ex eo assumpto inferri non posset, Titium debere succedere exclusis cognatis, quemadmodum argumento illo concluditur. Falsum est igitur, Titium esse agnatum; quia non est ex eo genere agnatorum, qui vocantur ad successionem, ut affirmatur in ea enunciatione. Exempli gratia: si quis enunciaret, Sirium esse canem; & ex hoc inferret Sirium esse animal; negandum utique esset Sirium esse canem in ea significatione, in qua accipitur ab enunciante: quoniam ex illatione constat, eum nomine canis non quemcumque canem in genere significare voluisse, sed canem animal; falsum autem, Sirium esse ejusmodi canem. Ita in nostro argumento, cum ex illatione constet, agnati nomine significari eum agnatum, qui capax est successionis, utique negandum est, Titium esse agnatum: neque enim est ejusmodi agnatus, cujusmodi affirmatur in enunciatione.

Falsum igitur est, quod Titius sit agnatus: falsum est etiam, quod sit agnatus proximus. Nam etiamsi demus, eum esse agnatum; tamen proximitas ei nulla ratione convenit. Non ratione 41
agnationis, quia est ultra terminum successioni præscriptum, & ideo non potest in eo considerari proximitas, quoad successionem: non ratione cognationis, quia præceditur a Cajo proximiore cognato: proximus autem is est, quem nemo antecedit. *l. 2. §. hæc hæreditas & §. legitima ff. de suis, & legit. hæredib. l. ex duobus 34. in princ. ff. de vulg. & pupill. l. proximus 92. ff. de V. S.*

Sed demus, esse proximum cognatum; num idcirco erit proximus agnatus? minime vero. Sunt hæc diversa, esse proximum agnatum, & esse proximum cognatum. Neque sic recte concluditur: 42
Titius est agnatus: Titius est proximus: ergo Titius est proximus agnatus. Est hoc sophisma puerile: hisce decipulis, ac laqueis pueros irretire solemus, cum intendimus, eos esse filios canis, aut felis, quod tamen ipsis simili sophismate non possumus persuadere. Felis est tua: felis est mater: ergo felis est tua mater. Falsum est, quod infertur, quia felis est tua ratione dominii, non ratione maternitatis, ut ita dicam. Sic in casu nostro, Titius est proximus ratione cognationis, non ratione agnationis: & ideo non potest inferri, quod sit proximus agnatus. Cicero erat Poeta: Cicero erat excellentissimus: ergo erat excellentissimus Poeta. Falsum est hoc, quod concluditur, quia erat excellentissimus in arte oratoria, non in poetica. Aristoteles erat Geometra: Aristoteles erat summus, & omnium princeps: ergo erat summus, & omnium prin-

princeps Geometra. Eſt hoc falſum, quia erat ſummus, & omnium princeps in Philoſophia, non in Geometria. Quæ vere enunciantur de uno, falſo enunciantur de alio: & ideo, ſi ab uno ad alium transferas, fit falſum enunciatum: De Oratore vere enunciatur, quod fuerit excellentiſſimus: ſi id transferas ad Poetam, eſt omnino falſum. Quod Ariſtoteles fuerit ſummus ac princeps omnium, jure enunciatur de Ariſtotele, quatenus erat philoſophus, non quatenus erat Geometra. Eodem modo, quod Titius ſit proximus, vere enunciatur de Titio, quatenus eſt cognatus, non quatenus eſt agnatus. Ideo falſum eſt, Titium eſſe agnatum proximum.

Non ignoro tamen, in fideicommiſ-
43 ſis fere communiter receptum fuiſſe, proximitatem deſumi poſſe etiam a cognatione, quando vocati fuerint a teſtatore agnati proximi in infinitum. Miror equidem, huc impegiſſe ſummos viros, tam futili argumento deceptos. Magis tamen mirarer, ſi quis ſententiam, tam infirmo fundamento innixam, vellet extendere ad ſucceſſiones ab inteſtato: maxime cum hac in re ſit omnino diſſimilis ſucceſſio teſtamentaria a ſucceſſione ab inteſtato.

Primum enim in ſucceſſione ab inteſtato certi ordines ſuccedendi a lege præſcripti fuerunt, inter ſe diſtincti, ac ſeparati, ita ut exiſtente aliqua perſona ordinis antecedentis non poſſit conſiderari ſubſequens ordo, & ille in perpetuum a ſucceſſione excludatur. Qua-
44 propter leges nullam rationem ejus haberi voluerunt, & alterum cum altero confundi, & commiſceri prohibuerunt, ut ſupra copioſe demonſtravimus. Abſurdum autem eſt, contra notiſſima juris principia, legumque ſanctionem producere velle ad conſequentia opinionem, quæ ſupina DD. oſcitantia, vel Conſulentium avaritia increbuit.

Secundo loco animadvertendum eſt, quod in fideicommiſſis, in quibus vocantur agnati in infinitum, qui mutuatur proximitatem a cognatione, ex voluntate teſtatoris eſt agnatus, & eſt ex numero vocatorum ad ſucceſſionem:
& ideo habet jus ſuccedendi, & eſt ca- 45
pax ſucceſſionis, ſolaque proximitas ipſi deeſt ad alios excludendos: ideoque non eſt adeo abſurdum, eum uti proximitate adſcita a cognatione. At in caſu noſtro, in quo Titius non habet jus ſuccedendi, tamquam agnatus, quia non eſt ex numero vocatorum, præter proximitatem debet mutuari etiam jus capiendæ hæreditatis. Abhorret autem a jure, ut cognatio præſtet jus ſuccedendi inter agnatos: maxime quia ne quidem inter cognatos admitti poteſt ad ſucceſſionem. Quam abſurdum igitur eſt, ut, qui ratione cognationis non admittitur ad ſucceſſionem inter cognatos, ab ea cognatione mutuetur non ſolum proximitatem, ſed etiam jus ſuccedendi inter agnatos?

Argumentum deductum a fideicommiſſis fortaſſe vim aliquam habere poſſet, ſi Titius eſſet agnatus intra gradum præſcriptum ſucceſſioni agnatorum:
ſed cum nullum habeat jus ſucceſſionis, 46
tamquam agnatus; imo agnatio in eo vel nulla ſit, vel intermortua, non poteſt ope cognationis reviviſcere. Si arbori aridæ ſurculum inſeras, non germinabit, nec fructum ferre poterit: ut germinet, ut fructum ferat, neceſſe eſt ut arbori viridi inſeratur. Si vivum corpus mortuo jungas, ipſum quoque morietur. Sic Mezentius infando ſupplicio miſeros afficiebat, &, ut ait Virg. *lib. 8. Æneid.*

Complexu in miſero longa ſic morte necabat.

Alterum fundamentum eſt, quod Titius naſcitur ex fœmina agnata, nupta in familia, quæ continuat, & propagat agnationem in poſteros: ac proinde, cum per matrem defuncto jungatur in ter-

tertio gradu, erit in tertio gradu agnationis; & idcirco erit proximus agnatus ratione agnationis, quam ipsi ma-
47ter impertit. Licet enim per fœminam constituatur cognatio, & a matre cognatio oriri soleat, non agnatio; §. *sunt autem Instit. tit. de legit. agnat. tut.* tamen quando fœmina nubit in familia, conservat agnationem in liberis, ut non pauci ex pragmaticis arbitrantur: quia tunc non transfertur in alienam familiam per nuptias, nec transit in familiam viri, sicut quando nubit extraneo. *l. falsus §. Julianus ff. quod fals. tut. l. quicumque* 10. & ibi Bartol. *C. de re milit.*

Respondetur, falsa esse omnia, quæ assumuntur. Primum falsum est, mulierem per nuptias transferri in familiam
48viri. Nam mulier, etiamsi nupta sit extra familiam, tamen retinet originem, & familiam patris: *l. pater* 8. *ff. de collat. dot.* nec desinit esse agnata, ut est in confesso apud omnes: *l.* 3. *C. de legit. hæred.* imo nec desinit esse in potestate patris, *l.* 1. §. 1. *ff. de agnosc. liber. l.* 2. §. 1. *l. quoties.* 29. *ff. solut. matrim. l. filiæ licet.* 11. *C. de collat.* §. *postea Inst. tit. de SC. Tertull. l.* 1. §. *ult.* & *l.* 2. *ff. de liber. exhib. l. patri* 20. *ff. ad leg. Jul. de adulter. l. nec inter* 4. *C. de don. int. vir.* & *uxor.* & ideo est sua hæres patri, *l. pen. in princ. vers. cui enim C. de legit. hæred. l. ult. ff. de dot. collat.* & succedit simul cum aliis filiis. *l.* 3. *l. filiæ licet C. de collat. l.* 1. & *ult. ff. de dot. collat. l. ult. ff. de suis,* & *legit. hæred. l.* 1. *C. de legit. hæred. l.* 3. *C. eod.* Nuptiæ enim non pariunt cognationem, sed affinitatem: *l. non facile* §. *sed quoniam* 12. *fin. ff. de grad.* & *affin.* & ideo non potest mulier in familiam viri per nuptias transferri, fierique ejus agnata; sed solum affinis. *l. quod Servius* 8. *ff. de condict. caus. dat.*

Præterea falsum est, ideo mulierem non conservare suam agnationem in filiis, quia per nuptias in familiam viri transeat. Hoc enim admisso, illud etiam esset admittendum, quod filii vulgo quæsiti sint agnati suæ matris; & quod fratres vulgo quæsiti sint agnati inter se, quia eorum mater nullis contractis nuptiis in alienam familiam non transiit. Utrumque tamen falsum est. Nam filius etiam vulgo quæsitus est cognatus matri suæ: §. *vulgo quæsitos Instit. de success. cogn. l.* 4. §. *cognationis ff. de grad.* & *affin. l.* 2. *ff. unde cogn.* & fratres vulgo quæsiti sunt inter se cognati. *d.* §. *vulgo quæsitos Instit. de success. cogn.* & *d. l.* 2. *ff. unde cogn.*

Verissima igitur ratio, cur mater 49
numquam continuet, nec propaget agnationem suam in liberos, est, quia mater semper est fœmina. Leges enim distinxerunt conjunctionem per fœminas a conjunctione per masculos: hanc vocarunt agnationem: illam cognationem. Non magis igitur fieri potest, ut mater filiis agnationem impertiatur, quam ut mater non sit fœmina. A patre igi- 50
tur, non a matre, agnationis jura oriuntur: *l. si spurium* 4. *ff. unde cogn.* & filii patris, non matris familiam sequuntur. *l. familiæ* §. *ult. ff. de V. S. l. cum legitimæ ff. de stat. hom.*

Ex his sequitur, falsum quoque esse, quod mulier nupta in familia continuet, ac propaget suam agnationem in liberos. Etenim cum filii sint semper cognati matris suæ, *princ. tit. Instit. de SC. Tertull.* non potest continuari agnatio, quæ per hanc cognationem statim interrumpitur. Nam si filius ipse matri cognatus est, non potest esse agnatus illis, quibus per eamdem matrem conjungitur: hoc enim ipso, quod per 51
fœminam conjungitur, cognatus est. §. 1. *Instit. tit. de legit. agn. success.* §. 1. *Inst. tit. de legit. agnat. tut. l. Jurisconsultus* §. *cognati ff. de grad.* & *affin. l.* 2. §. 1. *ff. de suis* & *legit. l. sunt autem ff. de legit. tutor.* Nec usquam in jure nostro ab hac regula excipiuntur conjuncti per fœ-

fœminam nuptam in familia.

Neque quisquam putet, hanc exceptionem omissam fuisse, quod raro eve-
52 niret fœminam in familia nubere: cum imo hujusmodi nuptiæ quotidie contraherentur, earumque sæpe numero mentio fiat in jure nostro. *l. Paulo Callimacho* 27. *ff. de legat.* 3. *l. si nepotem* 3. *ff. de rit. nupt. l. non solum* 67. §. 1. *ff. eod. l. Lucius* 78. §. *filiam ff. ad SC. Trebell. l. celebrandis* 19. *C. de nupt. l. uter* 23. *ff. de cond. instit.* Ulpian. *in fragm. tit.* 5. *de his qui sunt in potest.* Nam jure Romanorum nuptiæ non prohibebantur inter transversales, nisi inter fratres, & sorores: itaque patruelem licebat uxorem ducere: §. *inter eas*, & §. *duorum Instit. tit. de nuptiis:* qua de re factum fuit plebiscitum teste Plutarcho in *Quæstion. Roman.* Imo SC. Claudiano permissum fuit etiam fratris filiam uxorem ducere: itaque Claudius Agrippinam, Domitianus Juliam, Heraclius Marcianam, fratrum filias, uxores duxerunt. Ulp. *in fragm. tit.* 5. Tacit. *lib.* 12. *annal.* Suet. *in vita Claudii cap.* 26. Filii igitur ex his nuptiis progeniti erant matrum suarum & patrueles, & filii: hoc est & agnati, & cognati. Agnati per patrem in quarto gradu: cognati per ipsam matrem in primo gradu. Sic in casu nostro Titius est defuncti cognatus, & agnatus: cognatus in tertio gradu per matrem: agnatus ultra decimum per patrem. Item & matris suæ cognatus est, & agnatus, cognatus in primo gradu tamquam filius, agnatus per patrem ultra decimum: cum enim ejus pater sit agnatus uxoris suæ, ipse quoque per patrem sit ejusdem agnatus, sed uno gradu remotior propter additam generationem.

CAPUT XIV.

Ad l. hujusmodi 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1.

SUMMARIUM.

I. Dolus, dans causam contractui bonæ fidei, reddit ipso jure nullum.
II. Secus in contractu stricti juris.
III. Exceptio comparata est ad elidendam actionem. Non habet locum exceptio, ubi nulla est actio. & nn. seqq.
IV. Non est actio ex contractu sine obligatione.
V. Non teneri ipso jure: & ope exceptionis *sunt opposita.*
VI. Inest exceptio in contractibus bonæ fidei.
VIII. Exceptio doli datur etiam, cum dolus non est admissus in contrahendo, si quis petat id, quod præstari æquum non est. & 18.
IX. Inesse dicitur exceptio, quando actio non datur. & probatur nn. seqq.
XI. Maritus faciens impensas in res dotales ipso jure liberatur.
XII. Impensæ minuunt dotem ipso jure.
XIII. Contractus, qui consensu constant, contrario consensu dissolvuntur, & nn. seqq.
XVI. Exceptio aliquando pactum significat.
XVII. Excipere, & recipere quid?
XIX. Petitio hæreditatis est actio bonæ fidei.
XX. Pacta neque pariunt actionem, neque ipsam tollunt.
XXI. Pacta inesse contractibus, quid?
XXII. Actiones invicem concurrentes quomodo consumantur?
XXIV. Opponuntur inter se fieri aliquid ipso jure: & jure Prætorio. & *quare.*
XXV. Ipso jure fieri quid.
XXVI. Cur contractus bonæ fidei sint ipso jure nulli, cum in eis insunt exceptiones.
XXVII. Explicatur ordo veterum judiciorum: & quæ essent Prætoris partes.
XXVIII. In jure disceptari dicebantur, quæ disceptabantur apud Prætorem: & quæ hæc essent.
XXIX. Tam actio, quam exceptio, in jure petebatur a Prætore, & apud eum de utraque disceptabatur.
XXX. In strictis judiciis exceptio omnino a Prætore impetranda.
XXXI. Cur exceptio dicatur conditio.
XXXII. Cur exceptio esset initio comstanda.
XXXIII. In bonæ fidei judiciis necesse non erat exceptionem a Prætore postulare: & quare.
XXXIV. Cur contractus bonæ fidei essent nulli.

XXXV. Prætor in his aliquando actionem denegabat.
XXXVII. Quæ juris sunt, Judex supplere debet; non quæ sunt facti.
XXXVIII. Compensatio opponi debet & probari apud Judicem, licet minuat ipso jure obligationem.
XXXIX. Cur esset nullus contractus, etiamsi a debitore probanda esset exceptio.
XL. Proponitur aliud argumentum.
XLI. Sine consensu quilibet contractus est nullus.
XLII. Actus, cui lex resistit, est ipso jure nullus, etiamsi nihil desit ejus substantiæ.
XLIII. Cur in contractibus bonæ fidei dolus impediat consensum: non in contractibus strictis.
XLIV. In strictis contractibus solum spectamus id, quod lingua nuncupatum est.
XLV. Conditiones de præsenti, si falsæ sint, statim perimunt obligationem.
XLVI. Quod in stipulationibus efficit expressa conventio, id in contractibus bonæ fidei efficit officium Judicis.

1 Constat fere inter omnes, contractum bonæ fidei, cui dolus causam dedit, ipso jure non valere; *l. & eleganter 7. in princ. vers. aut nullam ff. de dol.*
2 *mal. l. in causæ 16. ff. de minor. l. 3. §. ult. ff. pro soc.* contra contractus stricti juris valere ipso jure, & actionem producere, sed eam elidi, atque infringi exceptione doli mali. *l. 5. C. de inut. stipul.* Et hoc esse præcipuum discrimen inter hæc duo genera contractuum, fatentur plerique omnes: & quamvis multa sint argumenta, quibus probari potest, etiam bonæ fidei contractus ipso jure subsistere; tamen ea accurate refutantur ab Interpretibus nostris. Illud unum, quod ipsi leviter attingunt, fortasse quia parvi pendunt, nos perpendere constituimus, & explicare diligenter.

Quotiescumque datur exceptio, contractus ipso jure valet: sed in contractibus bonæ fidei, dolo initis, datur exceptio: ergo valent ipso jure. Prima
3 propositio certa est. Nam exceptio datur ad elidendam actionem, & opponitur actioni ex contractu proficiscenti. *l. 2. in princ. ff. de exception. princ. tit. Inst. de except. l. 1. §. ult. ff. de interrog. in jure faciend.* Non potest autem esse actio, 4
ubi nullus est contractus, nulla obligatio, ex qua oriatur. *l. actionum 25. in princ. vers. in personam ff. de oblig. & action. §. omnium Instit. tit. de act.* igitur nec dari potest exceptio, quia non potest elidi, atque infringi actio, quæ non est. Itaque per exceptionem adjuvatur ille, qui stricto jure est obligatus. *l. si quis duobus 30. ff. de const. pecun.* nam qui stricto jure non est obligatus, exceptione non indiget, cum non possit conveniri. Propterea opponuntur 5
hæc inter se: ipso jure non teneri: & defendi per exceptionem. *l. qui servum §. si is cui ff. de oblig. & action. l. cum quis 38. §. 1. vers. & ideo. & l. qui decem, in princ. ff. de solut. l. nec ex Prætorio ff. de reg. jur.*

Quod autem in contractibus bonæ fi- 6
dei detur exceptio, probatur, quia tum aliæ exceptiones, tum exceptio doli, inesse dicuntur in bonæ fidei judiciis. *l. hujusmodi 84. §. qui servum ff. de legat. 1. l. 3. ff. de rescind. vendit. l. sed etsi 21. ff. solut. matrim. l. juris Gentium 7. §. adeo ff. de pact.* Tenetur igitur contrahens ipso jure, sed adjuvatur per exceptionem.

Respondere solent: id esse intelligendum de exceptione doli, quæ oritur ex dolo incidente in contractum, cum ille, qui sua sponte contrahit, in contrahendo decipitur, veluti si rem pluris emat, quam fuisset empturus. Etenim contractus valet, quia dolus non dedit causam contractui, nec dolo adductus est ad contrahendum: ac proinde opus est exceptione ad purgandum dolum decipientis.

Sed hæc responsio vix potest convenire nostræ *l. hujusmodi 84. §. qui servum ff. de legat. 1.* ubi legatarius ignorans, sibi fuisse servum legatum, eum emit ab hærede. Certe hic dolo hæredis 7
adductus est ad emendum: neque enim fuisset empturus, si scivisset, servum illum sibi legatum fuisse. Et quamquam re-

responderi possit, hæredem quoque ignorasse, servum fuisse legatum, adeoque nullum hæredis dolum in venditione in-
8 tervenisse; sed doli exceptione nihilominus repelli, quia dolo facit, cum ex vendito agit ad pretium, quod ei ex æquitate præstandum non est; *l. 2. §. circa, & §. item, & duobus seqq. ff. de dol. mal. except.* (Exemplum peti potest ex *l. si quis cum aliter 36. ff. de V. O. ex l. sed etsi ideo 21. ff. solut. matrim.*) tamen dura est hæc interpretatio, nec probabile est, id hæredem ignorasse; minusque probabile, ibi de hoc solo hærede agi: præsertim quia ibi affertur ratio propria judiciorum bonæ fidei, cum tamen eo casu idem dicendum sit in strictis judiciis. *d. l. si quis cum aliter 36. ff. de V. O.*

Existimo ego hac ipsa de causa contractus bonæ fidei ipso jure non valere, si dolus eis causam dederit, quia exceptio doli inest bonæ fidei judiciis.
9 Inesse enim exceptio dicitur, quia a Prætore non datur: nec ulla opus est ejus auctoritate ad infirmandam actionem, & enervandas vires contractus, sed actio ipsa suapte natura evanescit, & contractus sua sponte corruit.

Probatur id ex *l. sed etsi 21. ff. solut. matrim.* Ait ibi JC. quod, si maritus pro uxore impenderit quantum ab ea dotis nomine accepit, actio dotis eva-
10 nescit. Quid ita? quia, cum doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonæ fidei judiciis, potest dici inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex ejus voluntate factus sit.
11 Non est dubitandum, hoc casu maritum ipso jure liberatum esse: nam compensatio etiam olim, non solum hodie, minuebat actionem ipso jure in bonæ fidei judiciis. *§. in bonæ fidei Inst. tit. de action. l. posteaquam 21. ff. de compensat. l. si constat 4. C. eod.* Et necessariæ
12 impensæ ipso jure dotem minuunt. *l. cum quis uxori. in princ. ff. de dot. præleg.*

Itaque recte Jurisconsultus ait, evanescere actionem de dote in *d. l. sed etsi.* Ratio autem, cur evanescat actio, ea est, quia exceptio doli inest bonæ fidei judiciis. Ergo exceptio judicio inesse dicitur, cum actio evanuit, cum reus ipso jure non tenetur. Idem igitur dicendum est in casu nostro: cum dolus dedit causam contractui, ideo contrahens ipso jure non tenetur, quia exceptio doli inest bonæ fidei judiciis.

Confirmatur ex *l. 3. ff. de rescind. vendit.* Post contractam emptionem contrahentes contrario consensu ab emptione discesserant. Respondit Julianus, resolutam esse venditionem, & ex empto agi non posse, quia bonæ fidei judicio exceptiones pacti insunt. Ergo inesse dicitur exceptio, quando agi non potest: quando actio nulla est, & ipso jure non tenetur, qui contraxit. Quod autem ipso jure non teneantur emptor & venditor, certum est tum ex ipsa 13
l. 3. tum quia satis constat, contractus, qui solo consensu celebrantur, contrario consensu dissolvi *§. ult. Inst. quib. mod. tollit. oblig. l. juris Gentium 7. §. adeo ff. de pact. l. 2. & 5. §. 1. ff. de rescind. vend.* Atque ita dissolvuntur, ut infecti fiant, nullumque eorum vestigium supersit, quasi non præcessissent. *d. l. 2. ff. de rescind. vend.* ibi: *potest enim conventione nostra infecta fieri emptio;* & paulo post: *quasi nulla emptio præcesserit.* Et hoc 14
est, quod ait Pomponius in *l. nec ex Prætorio ff. de reg. jur. Obligationum causas immutari posse vel ipso jure, vel per pacti conventi exceptionem.* Ipso jure immutantur in his contractibus: in aliis ope exceptionis. Licet igitur contractus sit ipso jure dissolutus, & pro infecto habeatur; tamen dicitur inesse exceptio: imo ideo dicitur nullus, & quasi infectus contractus, quia inest exceptio bonæ fidei judicio.

Similis est text. in *l. juris Gentium 7. §. adeo ff. de pact.* unde constat, *quod*

ex-

exceptiones adeo insunt bonæ fidei judiciis, ut constet, in emptione aliisque bonæ fidei judiciis, re nondum secuta, abiri posse ab emptione, eamque dissolvi:
15 sed in hac lege non consisto. Verissimum enim est, quod Viris doctissimis placet, in ea non agi de exceptionibus judicialibus, sed de pactis, quæ insunt bonæ fidei judiciis. *Exceptiones* postea factæ, hoc est, *pactiones* postea factæ. Sententia enim ejus legis hæc est: pactiones postea factas, adeo inesse bonæ fidei judiciis, ut non solum liceat aliquid excipere, & cavere ne comprehendatur, & pro parte ab emptione recedere, sed etiam ut liceat abire in totum; quæ sententia pluribus verbis in eo §. explicatur, & in *l. sed Celsus 6. §. ult. ff. de contrab. empt. & in l. pacta conventa. in princ. ff. eod.* Non tamen assentior maximis Viris, Cujacio, & Antonio Fabro: quorum alter in *lib. 2. observ. cap.* 15. emendat *depectiones*; alter in suis *Rational.* legit *pactiones*. Neque enim necesse est quicquam mutare, & erit dictio multo elegantior,
16 si nihil immutemus. Exceptio est pactum, quo inter contrahentes convenit, ut aliquid obligatione non contineatur; seu quo aliquid excipiunt, & nolunt pervenire ad eum, cum quo contrahunt, & ad quem pertineret, si non fuisset exceptum. Sic usurpatur in hac *l. 7. §. adeo ff. de pact.* & in *l. pacta conventa 72. §. 1. ff. de contrab. empt. l. quæro 39. circa fin. ff. de action. empt.* Flac. *de condit. agror. Privatæ itaque viæ ad finitiones agrorum non pertinent, sed ad itinera eis præstanda, quæ sub exceptione no-*
17 *minari in emptionibus agrorum solent.* Excipere enim significat pacisci, & cavere, ut eximatur aliquid a contractu & obligatione, ne ad emptorem, aut alium perveniat, ad quem ex vi contractus fuisset perventurum *l. qui usumfructum 36. §. stipulatus ff. de usufr. l. 2. §. apud Julianum ff. de hæred. vel act. vend. l. fundi 17. §. si ruta ff. de action. empt. l. 3. ff. de evict. l. qui duo 30. ff. de servit. rust. præd. l. si venditor ff. de religios. l. in lege ff. de contr. emption. l. Julianus §. penult. ff. de action. empt. l. qui quatuor 30. §. si fundum ff. de legat.* 3. Varro *de re rustic. In emptionibus eo jure utimur, quod lex præscripsit: alii enim plura, alii pauciora excipiunt.* Idem quoque dicebant *recipere*, quasi *retinere*, & non trasmittere ad eum, ad quem fuisset perventurum, ut explicat Gell. *lib. 17. cap. 6. l. qui libertatis 69. §. sed etsi quis ff. de evict. l. quicquid 10. ff. commun. præd. l. qui fundum. §. fundi. & §. cum fundum ff. de contrab. empt. l. si mercedem. §. ult. ff. de action. empt. l. Seja 42. in princ. ff. de donat. caus. mort. l. qui fundum 205. ff. de verb. sign.* Recipere enim, & excipere idem significant, ut constat ex *l. qui duo 30. ff. de servit. rust. præd.* & ex Gell. *d. lib. 17. cap. 6. circa medium.* Plaut. in *Trinum.* (*Posticulum hoc recepit, cum ædes vendidit.*) Cic. *de orator. lib. 2. Sed dicet te, cum ædes paternas venderes, ne in rutis quidem, & cæsis solium paternum recepisse.* Simile est, quod ait id. Cic. *in Topic.* Itaque pactio illa, quæ in hac *l. 7.* dicitur *exceptio*, dicitur *receptio* in *l. quicquid 10. ff. commun. prædior.*

Ad rem redeamus. Marcus Imperator constituit, ut in strictis judiciis compensatio admitteretur opposita doli mali exceptione: §. *in bonæ fidei. In-* 18
stit. tit. de action. quia dolo facit, qui petit id, quod redditurus est. *l. in condemnatione 173. §. ult. ff. de regul. jur. l. dolo facit. 8. ff. de dol. mal. exc. l. qui non militabat 78. in princ. ff. de hæred. instit.* At vero in judiciis bonæ fidei compensatio ipso jure minuebat actionem: *l. 4. & l. postea quam 21. ff. de compensat. l. si constat. 4. C. eod.* ea de causa, quia in judiciis bonæ fidei Judex ex bono & æquo æstimandi potestatem habet, ut ait Legislator noster Justinia-

nianus in §. *in bonæ fidei*. *Instit. tit. de action.* hoc est, quia exceptiones insunt in bonæ fidei judiciis: hæc enim duo in idem recidunt, ut infra dicemus. Igitur actio, quæ in strictis judiciis eluditur ope exceptionis doli, in judiciis bonæ fidei ipso jure minuitur, & evanescit: & ideo evanescit ipso jure, quia in his exceptiones insunt: ergo inesse dicuntur exceptiones, quia reus ipso jure non tenetur, & nulla opus est exceptione, sed actio sua sponte labitur.

19 Confirmatur id satis evidenter, quia cum petitio hæreditatis sit actio bonæ fidei. *l. ult. in fin. C. de petit. hæredit.* §. *actionum* 28. *in fin. Instit. tit. de action.* nulla opus est exceptione doli ad liberandum reum, sed ipso jure, & officio Judicis tutus est. *l. plane. verf. nam nec exceptio. l. ult. in fin. ff. de petit. hæred.* Et tamen negari non potest, in hoc judicio inesse doli exceptionem, cum exceptiones insint in omnibus bonæ fidei judiciis. *l. sed etsi ideo* 21. *ff. solut. matr. l. hujusmodi* 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1.

Sic etiam, licet nuda pacta non pariant obligationem, & actionem, *l.* 7. §. *quin imo ff. de pact. l. legem C. eod. l. solent*. 15. *ff. de præscript. verb.* eam-
20 demque ipso jure non tollant, sed solum pariant exceptionem, qua actio eliditur, §. *præterea Inst. tit. de except. l. juris Gentium* 7. §. *sed cum nulla ff. de pact. l. si unus* §. *si cum decem ff. eod.* tamen pacta incontinenti adjecta insunt bonæ fidei contractibus, & judiciis; & quando insunt, non amplius prosunt ope
21 exceptionis, sed formant ipsam actionem, eamque aut minuunt, aut amplificant; & prosunt ipso jure. *l.* 7. §. *quin imo ff. de pact. l. pacta conventa* 74. *in princ. ff. de contrah. empt. l. lecta. verf. dicebam ff. de reb. cred. l.* 4. *l. emptori* 37. *l. si dictum* 56. *ff. de eviction. l. cum dotem* 10. *C. de jure dot. l. in bonæ fidei* 13. *l. petens* 27. *C. de pact. l.* 5. *& l. penult. C. de pact. int. empt.* Quemadmodum autem pacta, sic & exceptiones inesse dicuntur bonæ fidei judiciis, cum ipso jure tollunt, aut minuunt actionem, nec opus est exceptione ad repellendum actorem. Imo etiam pacta ex intervallo adjecta, si detrahant aliquid contractui, dicuntur contineri contractu, hoc est, inesse contractui. *l. pacta conventa* 72. *in princ. ff. de contr. empt.* sed ea solum pacta insunt, quæ legem contractui dant, & formant ipsam actionem. *l.* 7. §. *quin imo ff. de pact.* Ergo hæc pacta etiam ex intervallo adjecta formant actionem, eamque minuunt ipso jure. Atqui certum est, pacta ex intervallo adjecta non esse partem contractus, & solum parere exceptionem, ut modo diximus: ergo exceptiones inesse judiciis, & ipso jure liberatum esse debitorem, & diminutam aut extinctam actionem, idem significant.

Adde, quod in incursu plurium actionum altera alteram ipso jure tollat, cum ea, quæ tollitur, est bonæ fidei: cum vero est stricta, tollitur per exceptionem; *l. prædia* 28. *ff. de action. empt.* 22
l. qui servum 34. §. *si is cui rem*, *ff. de oblig. & act. l. si is cui* 71. *ff. de furt.* non alia de causa, nisi quia exceptiones insunt bonæ fidei judiciis.

Quapropter animadvertendum est, in nostra *l. hujusmodi* 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1. non repelli actorem exceptione doli mali, sed reum absolvi actione ex vendito: hoc est, venditorem recedere debere a sua actione, & empto 23
rem dimittere. *l. si ex duabus*. §. 1. *ff. judic. solvi. l. fullo* 90. *in princ. ff. de furt. l. quid enim* 14. *ff. de dolo mal.*

Demonstravimus, ut arbitror, satis perspicue sententiam nostram: nunc est explicandum, qua ratione id possit eve 24
nire. Opponuntur hæc duo inter se, liberari aliquem, aut aliquid constitui *ipso jure*, *& jure Prætorio l.* 1. §. *ult. ff. de superfic. l.* 1. §. *idem Pomponius ff. quod* *fal-*

falso tutor. l. 1. quib. mod. ususfruct. amit. l. si usufructus. §. 1. ff. usufruct. quemadm. cav. Etenim ipso jure fieri dicitur, quod fit jure Civili, & jus Civile opponitur hac in re juri Prætorio: *§. 1. & seqq. Instit. de exception.* & quamvis jus Prætorium sit pars juris Civilis, *§. Prætorum Instit. tit. de jure Nat. Gent. & Civ.* tamen emphatice jus Civile dicebatur ipsum jus, jus merum, jus strictum, jus solemne. *l. in causæ ff. de minor. l. penult. ff. de constit. pecun.*
25 *l. nec ex Prætorio ff. de reg. jur.* Quamobrem cum dicimus contractus bonæ fidei ipso jure non valere, ipso jure tolli, aut minui actionem; id significamus, hoc totum fieri opera, atque auctoritate juris Civilis, & cessare partes Prætoris, nec ejus auxilio opus esse. *l. in causæ 16. in princ. & in §. 1. ff. de minor.* Hoc ipsum usu venit in contractibus bonæ fidei. Contractus, & actiones constituuntur bonæ fidei ab ipso jure Civili. *l. ult. in fin. C. de petition.*
26 *hæredit. §. actionum. in fin. cum §. seq. Inst. tit. de action.* De natura horum contractuum, & actionum est, ut in eis insint exceptiones, hoc est, ut non egeant auxilio Prætorio, unde extrinsecus adveniunt exceptiones ad eos infirmandos, a Prætore concessæ. *l. plane, & l. ult. ff. de petit. hæred.* Hanc autem naturam a jure Civili acceperunt: igitur ipso jure non valent, ipso jure tolluntur; hoc est jure Civili. Si necessaria esset Prætoris auctoritas, & exceptio a Prætore data, ut infirmarentur, utique eliderentur & infirmarentur jure Prætorio, & ope exceptionis: sed cum neque Prætoris auctoritate sit opus, neque ulla exceptione, utique nulli sunt ipso jure, & ex sua ipsorum natura, quam a jure Civili acceperunt.

Sed hæc altius repetenda sunt, & uberius explicanda. Olim Romæ Prætor causas privatas non judicabat, sed Judices petentibus dabat, dabat actiones, dabat exceptiones. Itaque litigatores primum omnium a Prætore postula- 27
re debebant Judicem, actionem, & exceptionem; ac proinde apud Prætorem disceptabatur non quidem de controversia, sed an is, qui petebat, agere posset; an ejus generis actio, an eo tempore, quo petebat, ei tribuenda esset; & rursus an reo danda esset exceptio, quam adversus actorem postulabat: & hæc in jure disceptari dicebantur, nempe apud Prætorem. *l. jus pluribus. in* 28
fin. ff. de justit. & jur. l. 4. §. ult. ff. de interrog. in jur. facien. l. si feriatis 6. in fin. ff. de feriis. l. 1. §. postulare & §. ait Prætor. ff. de postul. Plaut. *in Menechm. seu in jure, seu ad Judicem res est.* Cornif. *ad Heren. lib. 6. Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum, aut accusatorem mutandum, aut Judices mutandos reus dicit: hac parte constitutionis Græci in judiciis, nos in jure Civili plerumque utimur.* Et infra: *Quæritur in translationibus primum, num aliquis ejus rei actionem, aut petitionem, aut possessionem, aut persecutionem habeat, quam non oporteat: num alio modo, tempore, loco, num alia lege, num alio quærente, aut agente.* Cicer. *lib. 2. de invent. Atque in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes: nam & prætoriis exceptionibus multæ excluduntur actiones, & ita jus Civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. Quare in jure plerumque versantur: ibi enim & exceptiones postulantur, & quodammodo agendi potestas datur, & omnis conceptio privatorum judiciorum constituitur.* Idem *in partition. Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, cum, aut sitne actio illi, qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit, aut illane lege, hisne verbis sit actio, quæritur. Quæ etiamsi, antequam res in judicium venit, aut*

con-

concertata, aut dijudicata, aut confecta non sunt; tamen in ipsis judiciis permagnum sæpe habent pondus, &c. Cicer. *de invent. lib.* 2. *Postulat is, quo cum agitur, a Prætore exceptionem*. Id. *in Lucull. Postulat, ut excipiantur hæc inexplicabilia. Tribunum aliquem, censeo, adeant: a me istam exceptionem numquam impetrabunt*. Victorius in *Cicer. de invent. Apud Prætorem, cum litis ipsius forma componeretur, ibi partes, aut excipiebant, aut simplicem actionem accipiebant. Unde in ipso jure, hoc est, apud Prætorem tractabatur exceptio*. Qui volet exempla hujus disceptationis, adeat Ciceronem *lib. 2. de invent. & l. 1. de orator*. Igitur, & actio, & exceptio postulabatur a Prætore, & an utraque danda esset, apud eum disceptabatur. Hinc toties in jure nostro traditum est, a Prætore causa cognita actionem dari. *l. item si eum* 14. §. 1. *ff. quod met. caus. l. ait Prætor.* 10. *ff. quæ in fraud. credit. l. si quis affirmavit* 9. alias *l. si oleum* §. *ult. & seqq. ff. de dol. mal. l. item apud Labeonem* §. *Prætor.* 34. *cum seqq. ff. de injur. l. sed etsi restituatur* §. *sed etsi dies ff. de judic.* Causæ autem cognitio utriusque partis præsentiam, & disceptationem supponit. *l. in causæ* 13. *in princ. ff. de minor. l. unic. C. si adversus dot.* Idem fere traditum de exceptione in *l.* 1. *sunt qui putant ff. ne quid in flum. publ. in l.* 1. §. *Labeo ff de flum.* Ascon. Pædian. *in* 3. *action. in Verr. Et tandem inquisita, audita, cognitaque utrimque causa, in verba litis ejus componebat, quod Judici præscribebat, ut secundum illud præsens controversia definitionem acciperet.*

29 Hoc intererat inter actionem, & exceptionem: quod actio semper a Prætore postulanda erat; exceptio vero solum in strictis judiciis, ita ut reus condemnandus esset, nisi a Prætore impetrasset exceptionem. §. 1. & 2. *Inst. tit. de exception. l.* 5. *C. de inutil. stipulat.* Judex enim in his judiciis alliga- 30
tus erat formulæ a Prætore compositæ. Formula hoc fere modo concipiebatur. *Si paret Titium dare oportere, Mævius judex esto, eumque condemnato: nisi si dolo malo inductus promiserit*. Hine dicta est exceptio, quia Prætor reum condemnari jubebat, sed excipiebat eum casum, quo dolo inductus fuisset, aut alium quemlibet. Hinc etiam exceptio 31
dicitur conditio in *l. exceptio* 22. *ff. de except.* quia Prætor jubebat, reum condemnari, sub conditione, si non hoc, aut illud factum fuisset, quibus verbis conditionis proponi solebat exceptio. *l. si is qui* §. *pen. ff. de pignor. l. sicut* §. *quod si is fundus ff. quib. mod. pign. solv. l. creditor. ff. qui pot. in pign. l. itaque ff. de procurat. l. Papinianus. in fin. ff. de Publician. l. qui pendentem ff. de action. empt. l. consilio* §. 1. *ff. de curat. furios. l. quamdiu ff. de bon. libert. l. vir uxore* §. 1. *ff. ad SC. Vellejan.* & passim in jure nostro. In his igitur judiciis reus ipso jure tutus non erat, sed jure Præ- 32
torio, sed ope exceptionis a Prætore concessæ, quæ ideo initio opponenda erat, & contestanda: *l. siquidem* 9. *vers. nam si etiam C. de exception. l. emptor. C. de præscript. long. tempor. l. præscriptionem* 8. *C. de exception. l. exceptionem* 19. *C. de procur.* nam ea omissa Judex omnino reum condemnare debebat: quare reus solo Prætoris auxilio a condemnatione liberabatur.

In Judiciis bonæ fidei non postulabatur a Prætore exceptio, quia inerat in ipso judicio, & ex natura ipsius actionis, atque contractus. Itaque in his judiciis Prætor certos termini Judici non præscribebat, sed eum ex bona fide ju- 33
dicare jubebat: §. *in bonæ fidei Instit. tit. de action.* & constat ex Cicerone in *Topic.* & alibi, cujus verba afferre supersedemus, quia ab aliis afferuntur. 34
Quamobrem hi tractatus non auxilio Prætoris accedente infirmabantur, neque

que prætoria exceptione eorum actio
elidebatur ; sed ipsa ex se ipsa consu-
mebatur , & propria natura contractus
erat irritus , & ipso jure munitus erat
reus: hoc est , jure Civili , quod eam
naturam his contractibus tribuerat , ut
intestino vitio laborarent, & suapte na-
tura deficerent. Itaque quod in strictis
judiciis efficit exceptio , & auxilium
Prætoris , id in his efficit natura ipsa
contractus ; ac propterea , sicut illi
contractus ope Prætoris nulli , at-
que inutiles efficiuntur ; sic hi natura
sua , & ipso jure nulli sunt , atque
inutiles.

Ac si quis contendat, Prætorem ex
his contractibus , quibus dolus causam
35 dederat, actionem non dedisse ; eum non
facile reprehendi posse crediderim . O-
stendimus , apud Prætorem disputatum
fuisse, an actio danda esset: duabus de
causis hæc disceptatio instituebatur. Pri-
ma erat , ut Prætor posset decernere ,
an ipse deberet cognoscere, an vero Ju-
dicem dare . *l. 9. in fin. ff. de offic. Præs.*
Altera, ut inspiceret, an leges, an æqui-
tas actionem dari permitterent, ut con-
stat ex *ll.* quas supra adduximus, & ex
l. ult. ff. de alienat. mut. jud. caus. fact.
Itaque sæpenumero traditum est in jure
nostro, Prætorem causa cognita actio-
nem denegaturum . *l. Titia* 34. *ff. solut.
matr. l. in causæ* 13. *in princ. ff. de mi-
nor. l.* 4. *in princ. ff. de judic. l. si debi-
tor* 30. *ff. de solution. l. veluti ff. de verb.
obl. l.* 1. *§. ait Prætor. cum seqq. & l.
eleganter §. ult. ff. de dol. mal. l. non alias*
24. *§. ult. ff. de judic. l. item apud La-
beonem §. Prætor ait. cum seq. ff. de in-
jur. l. nihil interest §.* 2. *ff. de bon. li-
bert. l. filiofam. §. ult. ff. de procurat. l.
etsi* 7. *ff. de oper. nov. nunciat. l. si cum
ff. de nox. action. l.* 1. *§. in operis ff. de
nov. oper. nunc. l.* 1. *in princ. ff. de alea-
tor. l. Patris §.* 1. *ff. de minor.* Quapro-
pter, si reus poterat facile Prætori pro-
bare, se dolo adductum fuisse ad con-
trahendum , Prætor actori denegabat
actionem, argum. text. in *l. nam postea-
quam. in princ. ff. de jurejur. in l. neces-
sariis in princ. ff. de acquir. vel om. hæ-
red. in l. veluti* 27. *ff. de verb. oblig.*
Quorsum enim a Prætore daretur actio,
in qua juberet, reum ex bona fide conde-
mnari, si reus ex bona fide condemnari
non poterat ? *l.* 3. *in fin. ff. pro soc. l.
contractus* 23. *ff. de reg. jur. l.* 5. *C. de
rescind. vend.* Et hoc est, quod traditur 36
in *l. sed etsi* 27. *ff. solut. matrim.* dotis
actionem evanescere ; & in *l.* 3. *ff. de
rescind. vendit.* ex empto agi non posse;
& in *l. hujusmodi* 84. *§. qui servum ff.
de legat.* 1. emptorem absolvi debere
actione ex vendito . In quibus legibus
ea ratio redditur : quia exceptiones in-
sunt in bonæ fidei judiciis : hoc est,
quia in his judiciis a Prætore non da-
tur exceptio, sed ea inest in ipso judi-
cio ; & cum Prætor ex bona fide judi-
care jubeat , frustra daret actionem , si
reus ex bona fide condemnari non po-
test: ac propterea recte dicitur, actionem
evanuisse, & agi non posse ; & reum
absolvendum actione .

Quod si de dolo ambigeretur , dabat
quidem Judicem Prætor, qui hac de re
cognosceret : sed tamen hoc non impe-
dit, quo minus reus ipso jure tutus es-
set, ipso jure non teneretur . Nam ea,
quæ juris sunt , a Judice suppleri pos-
sunt : *l. unic. C. ut quæ def. adv. jud.* 37
supp. at vero, quæ facti sunt, neque a
Prætore , neque a Judice suppleri pos-
sunt, cum facta nemo possit divinare.
argum. text. *in l. si putator.* 3. *in fin.
ff. ad leg. Aquil.* Igitur etiam compen- 38
satio objici, & opponi debebat, *l. ult.
C. de compens. §. in bonæ fidei Instit. tit.
de action.* & de ea Judex cognoscere de-
bebat : *l. quod in diem* 6. *§.* 1. *ff. de
compens. l. ult. vers. hoc itaque C. eod.* &
tamen certum est , quod compensatio
ipso jure tollebat , & minuebat actio-
nem, ut supra ostendimus . Ratio est,
quia

quia hæc omnia ad factum demonstrandum pertinebant, non ad jus. Nam pro-
39 bata compensatione, probato dolo, cognoscitur, ab initio nullum fuisse contractum, nullam actionem, & eum numquam fuisse debitorem, & actorem non solum male egisse, sed nihil egisse, ut ait Ulpian. *in l. un. §. ult. ff. quando dies usufr. leg. ced.* Quemadmodum, si quis ex falso instrumento, vel confictо testamento aliquid petat, utrique Prætor Judicem dabit; sed, cum constabit de falsitate instrumenti, vel testamenti, apparebit, eum actionem non habuisse, & adversarium debitorem numquam fuisse. Sic in casu nostro, cum constabit de dolo, aut compensatione, apparebit, actorem nihil egisse, & reum numquam fuisse debitorem argum. text. *in l. cum alter.* 11. *& in l. posteaquam* 21. *ff. de compens. l. ejus quantitatis* 7. *C. de solut. l. si constat.* 4. *C. de compensat.*

Ea, quæ copiose hactenus disputavimus, enervant etiam vim alterius argumenti, quo hanc sententiam labefactare conantur adversarii. Ajunt enim:
40 quando in contractu nihil deest, quod pertineat ad substantiam contractus, ipso jure valet: sed in contractibus dolo initis nihil deest: nam si quid deesset, id esset consensus: consensus autem non deest: quia si deesset consensus, etiam
41 contractus stricti juris essent ipso jure nulli: *l. 1. §. conventionis ff. de pact. l. 2. ff. de oblig. & action.* quod falsum est *l. 5. C. de inut. stip. §. 1. Inst. tit. de except.*

Nam demonstratum est, ideo esse nullos hosce contractus, quia in judiciis bonæ fidei insunt exceptiones, lege ita præcipiente. Atqui, quoties lex resistit alicui actui, actus est ipso jure nullus, etiamsi expleta sit ejus substantia. *l. non dubium C. de legib.* Sic donatio inter virum & uxorem non valet lege resistente *l. 1. & 3. & tot. tit. ff. de don. inter vir. & uxor.* Et infinita afferri possent exempla.

Quamquam non absurde quis posset 42 affirmare, in his contractibus deesse consensum, licet non desit in contractibus stricti juris. Dolus enim, quo quis adducitur ad contrahendum, etsi aperte non impediat consensum; tacite tamen, & ex interpretatione voluntatis contrahentium consensui opponitur. Nam si velimus tantummodo considerare verba, & id, quod expressim gesserunt contrahentes, certum est, eos consensisse: 43
si vero velimus interpretari eorum voluntatem, non videntur consensisse, quia, qui dolo deceptus falsa causa adducitur ad contrahendum, non fuisset contracturus, si causam illam falsam esse scivisset, adeoque videtur consentire sub conditione, si causa illa vera sit. Hæc interpretatio admittitur in contractibus bonæ fidei, in quibus ex bono, & æquo interpretamur voluntatem contrahentium. *l. sed & Celsus 6. §. 1. ff. de contrah. empt. §. in bonæ fidei 30. Inst. tit. de action. l. licet §. 1. ff. de jur. dot.* Non admittitur autem in contractibus stricti 44
juris, in quibus solum spectamus id, quod lingua nuncupatum est, nec ab eorum verbis recedimus. *l. ita stipulatio* 115. *in princ. ff. de V. O.* & ad rem nostram est testim. *l. si ita stipulatio* 126. *§. Chrysogonus in fin. ff. de V. O.* Igitur deest consensus in contractibus bonæ fidei, non in strictis.

Explicabo planius. Si quis falsa causa adductus ad promittendum, promiserit sub conditione: *si causa illa vera sit*, stipulatio ipso jure non valebit, quia conditio falsa de præsenti ipso jure vitiat contractum. *l. si ita stipula-* 45
tus 20. *ff. de V. O. §. conditiones Inst. eod.* sed quod efficit in stipulatione id, quod expressum est, idem efficit in contractibus bonæ fidei id, quod suppletur ex interpretatione, & officio Judicis. *l. 7. ff. de negot. gest. l. Lucius* 20. *ff. deposit.* ergo sicut hæc conditio expressa in stipulatione redderet nullam

O 2 sti-

46 stipulationem deficiente consensu, ita reddit nullum contractum bonæ fidei, & tollit consensum, etiamsi expressa non sit, quia suppletur interpretatione, & officio Judicis ex bono, & æquo.

CAPUT XV.

Ad l. hæc, si res 47. ff. de rei vind.

SUMMARIUM.

I. *Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur.*
II. *Sine nova traditione transfertur, cum traditio præcessit ex alia causa & quare. n. 3.*
III. *Dominium cœpit a naturali possessione.*
IV. *Possessio non solo animo, sed animo & corpore acquiritur.*
V. *Quando non sit necessaria rei præsentia ad dominium transferendum.*
VI. *Opponitur text. in* l. ejus rei. cum seq. ff. de rei vind. *& explicatur.*
VII. *Rei vindicatio datur contra possessorem.*
VIII. *Datur etiam contra eum, qui liti se obtulit, aut dolo desiit possidere.*
IX. *Cur præsens res dicatur, quæ possidetur: absens, quæ non possidetur. & n. 15.*
X. *Mos olim observatus in rei vindicatione.*
XI. *Cur dicta vindicatio?*
XII. *Vindiciæ, & vindicia quid?*
XIII. *Explicatur Cicero in* oratione pro Muræna.
XIV. *Rei præsentis nomen in judiciis quid significet?*
XVI. *Qui liti se obtulit, aut dolo desiit possidere, condemnatur ad puniendum ejus dolum.*
XVII. *Si actor a possessore consequatur rem vel æstimationem, non potest postea convenire eum, qui dolo desiit possidere: at, si prius hunc convenerit, potest postea possessorem convenire; & quare?*
XVIII. *Possessio adversarii parit actionem in rem.*

Quamvis rerum dominia traditionibus, non nudis pactis, transferantur, *l. traditionibus C. de pact.*
1 tamen, quando præcessit traditio ex quacumque causa, ex qua res est in potestate alicujus, non est necessaria nova traditio, & sola conventione dominium transfertur in eum, qui rem ex alia causa detinet. *l. certi condictio 9. §. ult. ff. de reb. cred. l. qui negotia 34. ff. mand. l. qua ratione §. interdum ff. de acquir. rer. domin. §. interdum Instit. tit. de rer. divis. l. absenti 10. ff. de donat. l. si servus 21. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. si fur. 32. in princ. ff. de usucap. l. si sponsalibus 58. §. 1. ff. de jure dot.* Nam res pro tradita habetur ex hac nova causa, idonea ad transferendum dominium. *l. si rem quæ apud te esset ff. de evittion. d. l. si sponsalibus l. sive autem 9. §. 1. cum seq. ff. de Publician.* 2

Quorsum enim traditio, nisi ut rem redigat in potestatem accipientis? Dominium enim cœpit a naturali possessione, *l. 1. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess.* supervacanea igitur est traditio, quando res est in potestate ejus, qui dominium debet acquirere, & ab eo naturaliter possidetur. Superveniente enim titulo, & animo, affectuque dominii, efficitur justa, & civilis possessio. *l. 3. §. Neratius ff. eod.* Neque hæc possessio solo animo acquiritur, quod fieri non potest, *l. 3. in princ. & l. quemadmodum 8. ff. eod.* sed animo & corpore: accessit enim animus præcedenti detentioni corporali; quo fit, ut animo & corpore res possideatur, & per possessionem dominium acquiratur. 3 4

Neque in hac dominii translatione necessaria est rei præsentia. Cum enim ad justam possessionem desit solus animus; eo accedente statim efficitur justa, & civilis possessio. Et cum ad dominium transferendum desit solummodo titulus idoneus, eo per conventionem superveniente, statim dominium acquiritur. Animus enim, & titulus non desiderant rei præsentiam, & etiam è longinquo operantur. Itaque nusquam Veteres in hac dominii translatione præsentiam rei desiderarunt. 5

Contrarium tamen videtur constitutum in *l. ejus rei cum l. seq. ff. de rei vind.* ubi Paulus ait, quod, si reus, qui conveniebatur rei vindicatione, conve- 6

venerit cum actore de solvenda rei æstimatione, dominium statim ad possessorem pertinet. Subdit deinceps in *l. seq.* *Hæc, si res præsens sit; si absens, tunc, cum possessionem ejus possessor nactus sit ex voluntate actoris.*

Qui totius legis verba paulo accuratius perpenderit, facile intelliget, præsentem rem a Paulo dici, quæ est in potestate rei conventi: absentem, quæ non est in ejus potestate, sed ab alio possidetur. Demonstrant id verba, quæ subsequuntur: *Et ideo non est alienum, non aliter litem æstimari a Judice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem ejus rei traditum iri.* Si actor cavere debet per se non fieri, quominus possessio reo tradatur, ergo res ab alio possidebatur, & non erat in potestate rei.

Nec obstat, quod in ea lege reus ap-
7 pellatur possessor, & quod rei vindicatio competit solum contra possessorem. §. 1. *Instit. tit. de action. l. officium 9. ff. de rei vindic.*

Nam respondetur, agi rei vindicatione etiam cum eo, qui aut liti se obtulit, aut desiit dolo possidere. *l. qui petitorio 36. l. quod si dolo 22. l. is qui se obtulit ff. de rei vindic. l. sin autem*
8 *27. ff. eod.* Et quia hi conveniuntur, tamquam possessores, & tamquam possessores condemnantur; *l. qui dolo 131. ff. de reg. jur.* uno verbo, pro possessoribus habentur; idcirco a Paulo reus conventus possessor appellatur.

Sed qua ratione, quave de causa præsens res dicatur, quæ a reo detinetur,
9 & in ejus potestate est; absens, quæ detinetur ab alio; non explicant Interpretes nostri. Videtur autem absurda hæc loquendi forma. Atque eo magis, quod agitur de judicio. Quis autem, cum convenitur, rem petitam affert in judicium? Certe hujus rei exemplum singulare affertur in *l. qui vas argenteum ff. de furt.*

Verum enim vero plena est reconditæ eruditionis, & antiquitatis hæc elocutio. Verba hæc accomodata sunt ad veterem judiciorum formam. Vindicabant enim rem in judicio, tamquam præsentem, cum a reo possidebatur. Refert 10
A. Gell. *lib. 20. Noct. Attic. cap. 9.* primis Reip. temporibus, cum Romanum Imperium angustis finibus concluderetur, eum, qui jurisdictioni præerat, simul cum litigantibus in rem præsentem venisse, atque ibi litigantes manum conseruisse, juxtà leges duodecim Tabularum, in quibus scriptum erat: *Si qui in jure manum conserunt.* Atque hinc fortasse nomen vindicationis inditum huic actioni. Ut enim ait Cicer.
2. *de inventione: Vindicatio est, per quam* 11
vis, aut injuria, aut omnino, quod obfuturum est, defendendo, aut ulciscendo propulsatur. In hac manuum consertione vim adhibebat actor, vim propulsabat reus, & imaginarium quoddam, ac civile bellum inter eos peragebatur. Quamobrem non immerito Ennius bellum huic consertioni comparavit illis versibus.

Non ex jure manu consertum, sed mage ferro,
Rem repetunt: Regnumque petunt: vadunt solida vi.

Sed ad rem redeamus. Subjicit idem Gellius, quod propagatis Imperii finibus, cum Prætor gravaretur in res longinquas proficisci, institutum fuit, tacito consensu contra leges XII. *Tabul.* ut ex jure manu consertum vocarent: id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque ita profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, veluti unam glebam, in jus, in Urbem ad Prætorem deferrent, & in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent. Hanc glebam, quæ totum agrum repræsentabat, *vindicias*, seu *vin-* 12
diciam appellatam Festus ait, & apud eum Servius Sulpitius. Glossæ quoque, quæ

quæ Philoxeno tribuuntur, ita vindicias definiunt: *τὰ ἐν ἀμφισβητήσει πράγματα. res quæ sunt in controversia*. Longe alia est sententia Asconii Pædiani *in 3. in Verr.* & aliorum Scriptorum. Sed hæc ad rem nostram non pertinent.

Paulatim autem obsolevit etiam solemnis illa litigantium profectio, & res redacta est ad imaginariam, fictamque profectionem, ac meram solemnitatem, ut conjectura assequi possumus perpendendo verba Ciceronis, irridentis Jurisconsultos in *oratione pro Murena*. Ne sim longior, verba Ciceronis prætermittam, formulas tantum litigantium ac Prætoris inde depromam. Actor igi-
13 tur his verbis in jure utebatur: *Fundum, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum esse ajo: inde ego te ex jure manu consertum voco*. Tum respondebat reus: *Unde tu me ex jure manu consertum vocasti, inde ego te revoco*. His Prætor subjiciebat hæc verba: *Utrisque superstitibus præsentibus istam viam dico: ite viam*. Præsto erat JC. qui doceret ire viam. Tum Prætor: *redite viam*. Fingebant igitur in agrum proficisci, atque inde reverti, gleba in jus allata. Atque hæ formulæ in usu erant etiam tempore A. Gellii, ut ipse testatur ibidem, qui floruit non multo ante Pau-
14 lum nostrum. Quamobrem non est incredibile, etiam ejus ætate ventum fuisse in rem præsentem ficta illa, atque imaginaria profectione; vel saltem mansisse nomen rei præsentis, & conservatam fuisse illam reliquiam vetustatis etiam abolita consuetudine eundi, & redeundi: quemadmodum *vindictæ* nomen mansit etiam sublata virga, & aliis solemnibus ejus manumissionis.

Recte igitur Paulus vocat præsentem rem, quam reus possidet, quia tunc vindicatur tamquam præsens, ac præ-
15 sens esse fingitur. Dicitur autem absens, cum a reo non possidetur, quia tunc agitur ad puniendum dolum rei, ac reus condemnatur ad præstandam litis æstimationem, non tam propter rem possessam, quam propter dolum, qui pro possessione habetur. *l. qui dolo & l. parem ff. de reg. jur.* hujus rei argumento sit: quod, si actor prius convenerit pos- 16
sessorem, & ab eo vel rem ipsam, vel litis æstimationem sustulerit, non potest amplius convenire eum, qui dolo desiit possidere. Contra, si prius convenerit 17
eum, qui dolo desiit possidere, & ab eo consecutus sit rei æstimationem, potest nihilominus convenire possessorem, & ab eo auferre rem, vel litis æstimationem. *l. nec ullam §. pen. in fin. ff. de petit. hæredit. l. Stichum §. dolo ff. de solut. l. si is qui 7. ff. de rei vindicat.* Ratio est, quia possessio parit actionem in rem. *l. un. C. de alien. mut. judic. caus.* Itaque licet consecutus sit rei æstimationem ab eo, qui dolo desiit possidere, tamen extincta non est actio, quam ei parit possessio alterius, qui vere possidet. Atqui illam litis æstimationem consecutus est ex dolo adversarii, non ex ejus possessione. Quare nulla causa est, cur solutio hujus æstimationis extinguat actionem. Contra vero secundo casu, quia rem vel litis æstimationem a possessore aufert propter rem possessam, & ex causa possessionis, statim extinguitur actio, quæ ex ea possessione nata erat. Nec amplius haberi potest ratio doli ejus, qui desiit possidere, cum actor dolo illo deceptus non sit, nec damnum sit passus re sua recuperata. argum. text. *in l. is qui se obtulit 25. cum seq. ff. de rei vind.*

Non potest igitur fingi res præsens, quando reus non possidet, cum potius dolus, quam possessio, liti causam præbeat.

CA-

CAPUT XVI.

Ad l. Ejus qui 41. ff. de reb. cred.

SUMMARIUM.

I. *Error contrarius est consensui.*
II. *Quod per errorem actum fuit, non valet.*
III. *Error in corpore rei vitiat contractum.*
IV. *Error impedit dominii translationem.*
V. *Non transfertur dominium, nisi concurrat affectus utriusque contrahentis.*
VI. *Qui transfert aliud dominium, quam quod vult, nihil transfert.*
VII. *Tradens voluntate, aut jussu domini, transfert dominium.*
VIII. *Dominium non transfert, qui vult transferre dominium, quod non habet, licet sit ex alia causa dominus.*
IX. *Explicatur* l. servum Titii ff. mand.
X. *Diversa sunt dominia, ex diversis causis quæsita.*
XI. *Quem de evictione tenet actio, multo magis repellit exceptio.*
XII. *Transfertur dominium ab eo, qui vult illud dominium transferre, etiamsi ignoret se habere.*
XIII. *Explicatur* l. ejus qui 41. ff. de reb. credit.
XIV. *Explicatur* l. si pater ff. de man. vind. & *qua in re differat libertas a dominio.*
XV. *Jussus & mandatum morte mandantis finiuntur.*

1 ERror contrarius est voluntati, &
consensum, & conventionem im-
pedit. *l. sed hoc ita* 20. *ff. de aqu. &*
aqu. pluv. l. 2. *ff. de judic. l. si per erro-*
2 *rem ff. de jurisdict. omn. judic.* hinc ni-
hil valet, quod per errorem actum est.
l. in omnibus negotiis ff. de obligat. &
act. Multi errores possunt in contrahen-
do, & hominum commerciis interveni-
re. Duo sunt meo judicio similes: er-
ror in corpore rei, de qua contrahimus:
& error in dominio, quod volumus
3 transferre. Si erratum sit in corpore
rei, inutilis & irritus est contractus,
ac nulla ex eo nascitur obligatio. *l. in-*
ter stipulantem 83. §. 1. *l. continuus* 137.
§. 1. *ff. de V. O. l.* 9. *in princ. ff. de contr.*
empt. §. *si de alia Instit. tit. de inut.*
stip.

Si erratum sit in dominio, quod trans-
ferre volumus, pariter inutilis, & irri-
tus est actus, nec dominium transfertur.
Nemo enim errans rem suam amittit. 4
l. si procurator 39. *ff. de acquir. rer. do-*
min. l. 3. §. *subtilius ff. de cond. caus. dat.*
l. etsi consensum 15. §. *ult. ff. de contr.*
empt. quemadmodum enim nullus sine
conventione potest esse contractus, *l.* 1. 5
§. *adeo ff. de pact.* ita & dominium trans-
ferri non potest, nisi concurrat affectus
ex utraque parte contrahentium. *l. in*
omnibus rebus ff. de oblig. & action.

Sunt autem similes hi duo errores. 6
Sicut enim non sufficit ad contrahendam
obligationem, velle fundum vendere,
vel alio modo contrahere, nisi fundus,
quem vendimus, sit ille ipse, quem vende-
re volumus; ita non sufficit velle domi-
nium transferre, nisi illud ipsum do-
minium transferamus, quod volumus:
& sicut vendendo aliud corpus, quam
quod vendere volumus, venditio nulla
est, ita transferendo aliud dominium,
quam quod transferre volumus, nihil
agimus, & nulla est alienatio. *l. etsi*
consensum 15. §. *ult. ff. de contr. empt.*
Vendidisti mihi, vel donasti rem meam,
& jussu meo alii tradidisti. Nulla vi-
detur esse causa, cur dominium non
transferatur in accipientem: nam qui 7
rem tradit jussu, & voluntate domini,
transfert dominium. §. *nihil autem in-*
terest Instit. tit. de rer. divis. Dominus
eram: habui voluntatem transferendi
dominii: intervenit traditio necessaria
ad dominium transferendum, & tamen
dominium non transfertur. Quid ita?
quia volui transferre dominium, non
meum, quod habeo, sed tuum, quod
transferre non possum, quia non habes.
d. l. etsi consensum. in fin.

Idem omnino statuendum est, si vo- 8
luerit transferre dominium, quod putat
se habere, cum non habeat, licet sit
do-

dominus ex alia causa, & habeat do-
minium, quod se habere ignorat. Si-
cut enim, qui vult vendere, aut do-
nare fundum Cornelianum, & vendit,
aut donat Sempronianum, non contra-
hit obligationem, licet habeat fundum
Sempronianum, deficiente voluntate. *l.
in conditionibus 9. in princ. ff. de contr.
empt.* ita non transfero dominium, li-
cet illud habeam, si non eo animo sum,
ut illud ipsum, quod habeo, transfe-
ram; sed aliud ab eo diversum, quod
transferre non possum, quia non habeo.
9 *l. servum Titii 49. ff. mand.* Servi domi-
nus eram, cum id ignorarem. Fui hæ-
res Sempronii, qui servum illum eme-
rat a non domino, ac proinde dominus
factus non fuit. Cum tamen crederem,
Sempronium dominum fuisse, putabam,
dominium Sempronii in me translatum
fuisse jure hæreditario: & me esse servi
dominum tamquam hæredem Sempronii,
cum vere multo ante dominus essem
ex alia causa. Vendidi servum illum,
vel alius jussu meo vendidit: non trans-
fero dominium in emptorem. Volo enim
transferre dominium in me a Sempro-
nio translatum jure hæreditario, quod
transferre non possum, quia non habeo.
Dominium autem, quod habeo, non
transfero, deficiente voluntate: cum
enim dominium illud me habere igno-
rem; non possum habere voluntatem
10 ejus transferendi. Sunt autem diversa
hæc dominia. *l. si mater §. eamdem cau-
sam ff. de except. rei judic.* Itaque pos-
sum servum, quem vendidi, vindicare.
11 *d. l. servum Titii in fin.* Repellor tamen
exceptione doli mali, quia cum tenear
de evictione, alio vindicante, dolo fa-
cio ipse vindicans, quod vendidi. *l. vin-
dicantem ff. de eviction.*

Quemadmodum autem, cum non est
erratum in corpore rei, nihil interest,
an res sit penes eum, qui contrahit,
an penes alium; &, etiamsi contrahens
ignoret, se rem habere, quam habet; ta-
men contrahitur obligatio: ita transfer- 12
tur dominium, etiamsi ille, qui vult
transferre dominium, ignoret, se illud
habere; dum tamen velit transferre il-
lud ipsum dominium, quod habet, li-
cet putet, dominium illud non penes se
esse, sed penes alium. Quid enim re-
fert, ipse habeat dominium illud, an
alius, si & vult illud dominium trans-
ferre, & potest transferre, cum ipse ha-
beat? Evenit id cum quis acquisivit ab
aliquo dominium ignorans, quod in
aliquem transferre vult, cum putet ejus
esse, cujus erat, antequam in ipsum
transferretur: veluti si dominium acqui-
siverit jure hæreditario ignorans.

His expositis constat, verissime ab
Africano responsum fuisse in *l. ejus qui.* 13
Vers. quas vero pecunias ff. de reb. cred.
pecunias a servo creditas, pro ea parte
alienatas fuisse, pro qua ipse hæres ex-
titisset, licet id ignoraret: quod re-
sponsum perculit omnes Interpretes. Ser-
vus fuit hæres domini ignorans: itaque
dominium pecuniæ acquisivit ignorans.
Pecuniam credidit, dominium transtu-
lit in mutuatarium; non quia hæres
videatur eadem persona cum defuncto,
ut quidam Viri docti sunt arbitrati:
nihil enim hoc ad rem pertinet. Non
eadem persona id efficit, sed idem do-
minium. Voluit nimirum servus trans-
ferre dominium pecuniæ in mutuatarium,
quod putabat esse penes dominum suum,
& erat penes se ipsum: sed tamen erat
idem dominium. Nam a domino in il-
lum translatum erat jure hæreditario.
Ignoravit, quis haberet illud dominium,
non vero erravit in dominio: voluit
enim illud ipsum dominium transferre,
quod vere transferre poterat, quia ipse
habebat jure hæreditario quæsitum. Ita-
que nulla ratio est, cur transferre non
debeat. *§. per traditionem Instit. tit. de
rer. divis.* hinc puto, veteres Interpretes
recte statuisse, quod, quando quis ha-
bet causam ab eo, quem dominum pu-
tat

tat, tradendo dominium transfert, licet ipſe ignoret, ſe eſſe dominum. Etenim, cum habet cauſam ab eo, quem dominum putat, habet illud ipſum dominium, quod ille habebat, & cum velit transferre dominium, quod ille habebat, utique vult transferre ſuum dominium: eſt enim idem dominium ab eo in hunc translatum.

Idem conſtitutum eſt in libertate. Si quis ſervum ſuum manumittat, quem putat alienum, ſervus ſit liber, quia verum eſt, voluntate domini manumiſ-
14 ſum eſſe. *l. ſi pater* 4. §. *quoties ff. de manum. vind.* Nec obeſt error ignorantis, ſuum eſſe ſervum, ſicut non obeſt error ignorantis, ſuum eſſe dominum. Illud animadvertendum, quod in libertate non quærimus, an manumiſſor habuerit cauſam ab eo, quem putabat dominum ſervi. Nam libertas una & eadem eſt, nec errari poteſt in genere libertatis: nec ea ab uno ad alium transfertur ſimul cum ſervo, quemadmodum dominium; nec a domino quidem in ſervum transfertur, cum eum manumittit. Itaque in manumiſſione non poteſt manumiſſor errare, & velle ſervo dare libertatem, quam habet Titius, non quam ipſe habet; cum libertas, quam ſervus ex manumiſſione conſequitur, non fuerit penes quemquam; nec poſſit eſſe hæc vel illa libertas: neque enim exiſtit ante manumiſſionem.

15 Contrarium videtur conſtitutum in eadem *l. ſi pater. in princ.* ubi id contingere dicitur favore libertatis. Sed non eo pertinet favor libertatis, ut manumiſſus liber fiat, ſed ut videatur manumiſſus juſſu, & mandato domini, etiamſi poſt mortem ejus fuerit manumiſſus, cum in aliis cauſis juſſus & mandatum morte finiantur. *l. ſi per epiſtolam* 50. *ff. de acquir. hæred. l. mandatum C. mand.* Quod ſi mutata fuerit voluntas, non videbitur volente patre manumiſſus. *l. quæſitum* §. *Julianus ff. qui, & a quib. manum.* Itaque favor libertatis id efficit, ut, niſi conſtet, dominum mutaſſe voluntatem, durare videatur etiam poſt mortem. *d. l. ſi pater.*

CAPUT XVII.

Ad l. ſi ego pecuniam 18. *ff. de reb. credit.*

SUMMARIUM.

I. Error in cauſa contrahendi vitiat utrumque contractum.
II. Sine conventione nullus contractus.
III. Error in cauſa dominii transferendi impedit dominii translationem, ſi utraque cauſa non ſit idonea.
IV. In dominio transferendo concurrere debet voluntas utriuſque.
V. Si utraque cauſa ſit idonea, error non impedit dominii translationem.
VI. Cur in dominio transferendo utriuſque voluntas debeat concurrere.
VII. Conciliatur Ulpianus cum Juliano. & nn. ſeqq.
IX. Nummos non fieri accipientis, & mutuum non eſſe contractum, idem ſignificant.
X. Repetenti nummos ſua voluntate conſumptos obſtat exceptio.
XI. Mutuum non recte contractum conſumptione conciliatur.
XII. Voluntas dantis attenditur in dominii tranſlatione.
XIII. Nuda traditio dominium non transfert.
XIV. Ad dominium transferendum ſufficit etiam cauſa putativa, & explicatur exemplis.
XV. Solvens indebitum transfert dominium, & ideo repetit condictione, non rei vindicatione.
XVI. XVII. Qui habet mandatum a domino, ſi tradat proprio nomine, dominium non transfert: & quare.

DIximus de errore in dominio transferendo: de errore in cauſa transferendi dominii pauca ſubjiciamus, de quo non minus impedita, & magnis difficultatibus involuta diſputatio eſt. Quando erratum eſt in cauſa dominii transferendi, duæ quæſtiones occurrunt: altera de obligatione, altera de dominio.

Quantum attinet ad obligationem, conſtat, inter omnes, hunc errorem obſtare obligationi, & neutrum contractum valere. Dedi tibi pecuniam, quaſi donaturus, tu quaſi mutuam accepiſti: nec 1
donatio, nec mutuum contrahitur. *l. ſi ego pecuniam* 18. *ff. de reb. credit.* Non do-

donatio, quia deficit tuus consensus,
qui non ex causa donationis accepisti.
Non mutuum, quia deest meus consen-
sus, qui non habui animum mutui con-
trahendi. *l. in omnibus negotiis ff. de
oblig. & act.* sine conventione enim non
2 potest esse contractus. *l. 1. §. conventio-
nis ff. de pact.* conventio autem non est
consensus unius tantum, sed duorum in
idem placitum concurrentium. *d. l. 1.
§. & est pactio.* Non concurrunt autem
in idem placitum, cum alter donatio-
nem, alter mutuum voluerit contrahere.
3 Quantum autem attinet ad dominium,
ita distinguendum est. Si utraque causa
non sit idonea ad dominium transferen-
dum, constat inter omnes, dominium
4 non posse transferri. Ad dominium enim
transferendum non sufficit voluntas unius,
sed requiritur affectus ex utraque parte
contrahentium. *l. in omnibus rebus ff. de
oblig. & act.* Non potest autem concur-
rere affectus utriusque contrahentis, cum
utraque causa non est idonea ad domi-
nium transferendum. Dedi tibi pecu-
niam quasi mutuam; tu quasi deposi-
tam aut commodatam accepisti: non
transfertur dominium, quia licet ego
voluerim transferre, tu tamen acquirere
noluisti, cum commodatarius dominium
non acquirat. *l. rei commodatæ. cum seq.
ff. commod.*
Si vero utraque causa sit idonea ad
dominium transferendum, putat domi-
nium transferri Julianus in *l. cum in
corpus ff. de acquir. rer. dom.* nec ait, se
5 videre, cur inefficax debeat esse tradi-
tio. Et merito: quia traditio conjuncta
cum affectu utriusque, & dantis & acci-
pientis, omnium dominium transfert. *l.
in omnibus rebus ff. de oblig. & action. §.
per traditionem Instit. tit. de rer. div.* Qui
dedit, voluit dominium transferre: qui
accepit, voluit dominium acquirere.
Quid causæ est, cur ille non transferat,
hic non acquirat? An non naturali æqui-
tati consentaneum est, utriusque volun-
tatem servari, cum uterque de dominio
transferendo consentiat? *d. §. per tradi-
tionem.* At enim dissentiunt in causa
transferendi. Hoc quidem pertinet ad
obligationem, quæ ex illa causa nasci
debet, & hic dissensus obstat obligatio-
ni; non tamen obstat dominio, quod
traditione transfertur: cui traditioni ideo 6
accedere debet utriusque voluntas, ne
aut invito dominium auferatur, aut in-
vito acquiratur, quod rationi repugnat:
hic autem neque invito aufertur, ne-
que invito acquiritur; & ideo nulla
causa est, cur traditione transferri non
debeat. Nec obstat dissensus in causis
dandi, & accipiendi: *d. l. cum in cor-
pus. in fin. ff. de acquir. rer. dom.* quia
hic potius respicit obligationem, quam
dominium, quod etiam ex causa non
vera transfertur, ut infra probabimus.
Non enim, ut causa producit obliga-
tionem, ita & transfert dominium. In
obligatione causa requiritur, (liceat his
verbis uti) tamquam productiva obli-
gationis; in dominio desideratur, tam-
quam declarativa voluntatis. Quamo-
brem ex falsa causa dominium transfer-
tur, licet ex ea non nascatur obligatio.
Idcirco Julianus in hac sententia con-
stituenda non hæsitavit, sed consta-
re dixit transire proprietatem in te,
si ego tibi pecuniam numeravero, quasi
donaturus, tu quasi creditam acceperis.
Ulpianus tamen in nostra *l. si ego pe-
cuniam ff. de reb. cred.* contrarium re-
spondit: *Si ego pecuniam tibi quasi do-
naturus dedero, tu quasi mutuam acci-
pias, Julianus scribit, donationem non es-
se. Sed an mutua sit, videndum: &* 7
*puto nec mutuam esse, magisque nummos
accipientis non fieri, cum alia opinione
acceperis. Quare si eos consumpserit, li-
cet condictione teneatur, tamen doli ex-
ceptione uti poterit, quia secundum vo-
luntatem dantis nummi sunt consumpti.*
Hujusmodi responsum perculit omnes
Interpretes. Mirum est, quanta com-
mea-

menti sint, ut Julianum cum Ulpiano componerent. Plerosque docte refellit Melch. de Valent. *in epist. jur. exercit. exerc.* 10. quibus etsi non pauca addi possent, tamen operæ pretium non est, in re tam difficili, tamque controversa ad evertendas aliorum opiniones laborem impendere. Quamvis vero propiora a me proferre non posse confidam; liceat tamen aperire, quid sentiam.

Animadvertendum est, Ulpianum in laudata *l. si ego pecuniam*, non tractasse quæstionem dominii, de qua secundo loco diximus; sed quæstionem obligationis, quam primo loco exposuimus. Nihil enim aliud quærit, quam, an valeat donatio, an valeat mutuum, & neutrum valere respondet. Et recte, ut initio probavimus. Contra Julianus in *l. cum in corpus ff. de acquir. rer. domin.* tractat alteram quæstionem dominii: neque enim quærit, an valeant contractus, sed an dominium transferatur, licet erratum fuerit in causa dominii transferendi. Respondet autem, dominium transferri, quod & nos probavimus in secunda quæstione.

8 Hactenus igitur nullum dissidium est inter Julianum, & Ulpianum. Ac, si Ulpianus non adjecisset illa verba: *Magisque nummos accipientis non fieri;* nemo posset judicare, Ulpianum a Juliano dissidere. Itaque si verba illa in ea significatione accipi possint, ut conveniant quæstioni obligationis, quam tractat Ulpianus, nec referantur ad quæstionem dominii, nulla erit inter eos dissensio. Ac, si accurate rationem loquendi a Veteribus usurpatam expendamus, non erit ab eorum mente aliena hujusmodi interpretatio. Illi enim mutui adeo proprium esse existimabant pecuniam fieri mutuatarii, ut, cum volebant significare contractum non fuisse mutuum, hac formula uterentur: pecu-
9 niam non fuisse factam accipientis, ut in *l. rogasti* 11. *in l. nam etsi fur.* 13. *in princ. in l. ejus qui* 41. *vers. nam etsi tibi ff. de reb. cred. l. proinde ff. eod.* vel pecuniam non fuisse alienatam. *l. ejus qui, vers. quas vero pecunias ff. eod.* Itaque cum ait Ulpianus: *magisque nummos accipientis non fieri;* non recedit a quæstione obligationis, quam tractabat, nec tractandam suscipit quæstionem dominii, quæ ad rem non pertinebat: & ideo verba illa nihil aliud significant, quam mutuum non fuisse contractum; & nummos ex causa mutui non fuisse factos accipientis, quia alia opinione acceperit: hoc est, quia causa, ex qua dati sunt, non est eadem, ac causa, ex qua accepti sunt. Quamobrem cum non convenerit inter eos in causa dandi & accipiendi, neutra causa potest subsistere. Et cum neutra causa subsistat, nummi ad accipientem pervenerunt sine causa, & ideo repeti, & condici possunt. *l. ult. ff. de cond. sine causa*. Quia tamen secundum voluntatem dantis con- 10
sumpti sunt, repetenti obstabit exceptio. *d. l. si ego pecuniam*. Ex quibus constat, quod in hac lege solum tractatur quæstio obligationis, non dominii; & quod etiam verba illa: *magisque nummos accipientis non fieri*, ad eamdem quæstionem obligationis sunt referenda, & ad causam dominii, non ad ipsam dominii translationem. Uno verbo: non fiunt accipientis ex causa mutui: an fiant absolute & simpliciter, ibi non quæritur, quia non tractatur quæstio dominii.

Atque ut hoc clarius pateat, duo consideranda sunt. Primum quod, cum soleat mutuum, quod traditione contractum non erat, consumptione conciliari, & nasci condictio ad mutuum repetendum; *l. rogasti* 11. §. *ult. l. nam etsi fur. in princ. & in* §. 1. *ff. de reb.* 11
cred. l. si quis pro eo §. *si nummos ff. de fidejus.* quærit Ulpianus, an consumptis nummis condictio sit efficax ad repetendum; & respondet obstare exceptionem,

nem, quia voluntate dantis conſumpti fuerunt. Unde conſtat, hic agi de obligatione & actione ad repetendum, non de dominio.

Præterea notanda eſt particula illa: *quare*, quæ cauſam notat: & contineret abſurdam ſententiam, ſi ſupra egiſſet de dominio. Ex eo enim, quod nummi non fiant accipientis, perperam deducitur, quod conſumptis nummis detur exceptio adverſus repetentem; cum potius contrarium deduci poſſit & debeat. Eſſet igitur inepta illatio illa, niſi id omne, quod præcedit, referatur ad obligationem. Optime autem id deducitur ex eo, quod non ſit mutuum; nam ſi mutuum eſſet, non obſtaret exceptio repetenti: obſtat autem, quia dominium tranſlatum eſt non ex cauſa mutui, ſed ſola voluntate dantis, quæ
12 attenditur in dominio transferendo. *l. qui mihi* 13. *ff. de donat.* §. *per. traditionem Inſtit. tit. de rer. diviſ.*

Sed poteſt opponi, quod ſi neutra cauſa ſubſiſtit, neque donatio, neque mutuum, transferri non poteſt dominium, quod nuda traditione non tranſ-
13 fertur. *l. numquam nuda* 31. *ff. de acquir. rer. dom.*

Reſpondetur, non eſſe nudam traditionem, ſed traditionem factam ex cauſa idonea ad dominium transferendum: & utrumque, tam dantem, quam accipientem, eo animo fuiſſe, ut dominium transferretur, & transferretur ex
14 cauſa idonea. Quo caſu etiam cauſa falſa ſufficit ad dominium transferendum: quia cauſa idonea tantummodo requiritur ad fundandam voluntatem dantis & accipientis. Itaque, & cum quis ſolvit indebitum, transfert dominium, nec
15 repetit indebitum rei vindicatione, quæ domino datur, ſed condictione indebiti. *toto tit. ff. de condict. ind.* condictio autem numquam domino datur, niſi adverſus furem §. *ſic itaque diſcretus Inſt. tit. de act.* Et cum quis dat aliquid ſine cauſa; cum tamen veram, ac juſtam cauſam ſubeſſe putet, dominium transfert. *l.* 1. *in fin. l. ult. in princ.* & *in* §. 1. *ff. de condict. ſine cauſ.* Et, ſi quis putet, ſe libertatem accepiſſe ſub conditione, *ſi decem Titio dederit*; cum vere libertatem pure acceperit; ſi decem Titio dederit, dominium transfert, quia, licet vera cauſa non ſubſit; tamen eam ſubeſſe putat; & ideo eo animo dat, ut dominium transferat ex ea cauſa, quæ juſta eſſet & idonea, ſi vere ſubeſſet, ſicut ipſe putat. *l.* 3. §. *ſubtilius; verſ. quid ergo ff. de condict. cauſ. dat.* hic enim error non impedit voluntatem dantis, qui omnino vult dominium transferre. Quapropter & in caſu noſtro dominium transferri debet, quia ſubeſt cauſa donationis, quæ vera eſt ex opinione, & voluntate tradentis, licet falſa ſit propter errorem accipientis, qui alia opinione accepit. *d. l. ſi ego pecuniam*.

Nec obſtat text. in *l. ſi tibi dederim* 16
25. *ff. de donat.* Nam ibi dominium non transfertur, deficiente jure, & auctoritate tradentis. Nam qui rem tradidit, neque dominus erat, neque habebat mandatum a domino: non enim tradidit nomine mandantis, ſicut ei mandatum fuerat, ſed nomine ſuo, contra id, quod ipſi mandatum erat. Ac propterea, cum neque ipſe dominus eſſet, neque ex mandato, & voluntate domini dederit, 17
non potuit dominium transferre. *l. traditio* 20. *ff. de acquir. rer. dom.* §. *per traditionem* & §. *nihil autem intereſt. Inſtit. tit. de rer. diviſ.*

CAPUT XVIII.

Ad l. ſi quis vinum 9. ff. de vino trit. & oleo leg.

SUMMARIUM.

I. *Rerum vocabula ſunt immutabilia: & non ex opinionibus, ſed ex uſu ſunt exaudienda.*

II. Non

II. Non videtur dixisse, qui suo nomine usus non est.
III. Error in nomine non vitiat institutionem, legatum, contractus, judicia.
IV. Nomina propria mutabilia sunt.
V. Error in nomine appellativo vitiat legatum.
VI. Legato vino quid contineatur?
VII. Legato vestis muliebris non continetur vestis muliebris, qua testator utebatur.
VIII. Vestis muliebris solo usu differt a virili, & quædam vestes sunt utriusque communes.
IX. Testatoribus permittitur abusive loqui. Vide exempla.
X. Vini duo genera; naturale, & factitium. Factitia quæ.
XI. Chartarum legato libri non continentur, & quando.
An argentum legato supellectilis contineatur.
XII. Legato vino mulsum non continetur; & quid sit.
XIII. Legato vino continetur œnomeli, quid sit. an differat a mulso. Vinum Narbonense quomodo fieret. Passum quid.
XIV. Psythium, & melampsythium passi genera.
XV. Vinum melitites quid sit, & quomodo fiat.
XVI. Acinaticum quid, & quomodo fiat?
XVII. Legato vino defrutum non continetur.

1 Rerum vocabula sunt immutabilia, *l. 4. ff. de leg.* 1. nec ex opinionibus, sed ex usu communi sunt exau-
2 dienda: atque ideo nemo videtur, dixisse id, quod suo nomine usus non est. *l. Labeo ait 7. §. Servius ff. de supell. leg.* Quocirca, licet error in nomine proprio nec institutionem vitiet, *l.*
3 *si in nomine C. de testam.* nec legatum, *l. 4. ff. de leg. 1. §. si quis in nomine Instit. tit. de legat.* neque contractus, *l. si in nomine ff. de V. O. l. in venditionibus 9. §. si in nomine ff. de contr. empt.* neque judicium; *l. idem Pomponius 5. §. cum in rem ff. de rei vindic.* quia nomi-
4 na propria mutabilia sunt, & a nostro arbitrio pendent; *d. l. 4. ff. de leg.* 1.
5 tamen constanter veteres responderunt, inutile esse legatum, si testator erraverit in nomine appellativo. *d. l. 4. vers. quod si quis. l. Labeo 7. §. Servius. cum seq. ff. de supellect. leg. l. si alii fundum ff. de us. & usufr. leg.* Itaque si quis vestem legare volens supellectilem legaverit; vel aurum, putans eo contineri electrum, & orichalcum; neque vestis, neque electrum, neque orichalcum debebitur. Nam, ubi nulla est in verbis ambiguitas, non est admittenda voluntatis quæstio. *l. ille, aut ille. §. 1. ff. de leg. 3. l. non est ferendus ff. de transact. l. quicquid. in fin. ff. de V. O.*

Contrarium tamen responsum videtur
in nostra *l. si quis vinum ff. de vin. trit. & oleo legat.* ubi ait, quod, licet vini appellatione non contineatur zythum, camum, cervisia, hydromeli, cydoneum, defrutum; tamen legato vino hæc omnia continebuntur, si ea vini numero paterfamilias habuit. Sola conjectura ducta ex usu patrisfam. efficit, ut vini nomine comprehendantur ea, quæ vina non sunt. 6

Nec simile est, quod respondetur in 7
l. inter vestem 33. ff. de aur. & arg. leg. ubi, qui uti solet veste muliebri, non videtur, hanc vestem comprehendisse legato vestis muliebris. Ideoque usus testatoris prævalet rei veritati.

Non est, inquam, hoc simile: nam 8
vestis virilis a muliebri solo usu differt, non substantia: & quædam sunt vestes utrisque communes, & communes usus facit. *l. vestis 23. §. vestimenta. cum seqq. ff. eod.* At vero zythum, cervisia, & aliæ hujus generis potiones substantia differunt a vino, quam mutare non potest usus, ac voluntas testatoris.

Sed animadvertendum est, quod, li- 9
cet rerum vocabula sint immutabilia, nec quisquam videtur dixisse quod non suo nomine usus est: tamen non adeo præfracte agendum est cum testatoribus, ut ad definitionem descendendum sit, nec iis negandum ut abusive loquantur interdum: *l. non aliter 69. §. 1. ff. de legat. 3. l. cogi 16. in princ. ff. ad SC. Trebell.* maxime si utantur nomine generali, quod aliquo modo possit eam speciem comprehendere, etsi minus proprie,

prie, & abusive. Sic permittimus testatori, ut abutatur nomine *usus* ad significandum usumfructum; *l. Divus* 21. *in princ. ff. de usu, & habit.* & abutatur nomine *tutelæ* ad significandam curam; *l. Pater Severinam* 101. §. *conditionum ff. de condit. & dem.* & pubertatem vocet *minorem ætatem. l. cum filiosam.* 50. *versic. ego quidem ff. de leg.* 3. Idque suadet tum rerum inter se similitudo, tum generalis verbi significatio. Nam & ususfructus est quædam species usus: ac licet in jure differat usus ab usufructu; tamen negari non potest, quin & fructuarius vere utatur & habeat pleniorem rei usum. Et cura species tutelæ est: quia qui curat aliquid, etiam tuetur. Et minor ætas est plenissima pubertas.

Quibus probe constitutis facilis est,
10 & prompta nostræ legis explicatio. Vini duo genera sunt: naturale, & factitium. Factitium non est vere, & proprie vinum: sed tamen & habet vini similitudinem, & vinum a multis appellatur, & pro vino bibitur a multis Nationibus. Quamobrem nulla causa est, cur vini appellatione non debeat comprehendi, si aliqua conjectura possimus arguere mentem testatoris, illud legato comprehendere volentis.

Primum igitur habet maximam vini similitudinem. Tacit. *de moribus German. Potui humor ex bordeo, aut frumento, in quamdam similitudinem vini corruptus.* Virgil. 3. *Georgic.* de Populis ad Septentrionem:

& pocula læti,
Fermento, atque acidis imitantur vitea sorbis.

En zythum: en cydoneum, nempe vinum ex pomis confectum. Hydromeli quoque, seu aqua mulsa, seu aqua melle condita, ejusdem modi est. De hac Plin. *lib.* 22. *cap.* 24. *Longa tamen vetustate transit in vinum, ut constat inter omnes.* Aristotel. *de mirab. auscult.* cujus verba Græca omittam, & Latine vertam, ne fastidium creem illis, qui Græca nesciunt. Ait igitur. *Ferunt Illyrios, quos Taulantios vocant, ex melle vinum conficere. Nam ubi favos expresserint, aqua superfusa coquunt in lebete, donec dimidium absumatur: deinde fictilibus infundunt, & jam tum dulcissimum ponunt in vasis ligneis, in quibus longum tempus conservant, & evadit omnino vino simile, cætera dulce, & sincerum. Hoc idem in Græcia aliquando evenisse quidam ferunt, adeo ut a vino vetere nihil differret: sed postea eamdem temperationem quærentes invenire non potuisse.*

Præterea hujusmodi vina factitia a veteribus Auctoribus vina appellantur. Ita zythum definit Suidas: Ζυθος, οἶνος ἀπὸ κριθῆς μενόμενος. *Zythum, vinum ex bordeo factum.* Tacit. *de morib. German. Diem noctemque continuare potando nulli probrum: crebræ, ut inter vinolentos, rixæ:* & deinceps: *Potui humor ex bordeo, & frumento, in quamdam vini similitudinem corruptus.* Athenæus, *lib.* 10. *Deipnosophist. in fin.* ait, *Ægyptios, qui ob egestatem vino carere cogebantur, excogitasse inopiæ solatium, & bibisse vinum ex bordeo confectum.* Et narrat, Aristotelem scripsisse, eos, qui vino temulenti sunt, pronos in faciem vergere: eos autem, qui vino hordeacco, in caput resupinari. Aristot. *de mirab. auscult.* Ἐν Ἰλλυρίοις φασὶ, τοῖς Ταυλαντίοις λεγομένοις, ἐκ τοῦ μέλιτος ποιεῖν οἶνον. *Ferunt apud Illyrios, qui Taulantii vocantur, ex melle fieri vinum.* Plin. *lib.* 14. *cap.* 17. *Fit vinum & ex aqua, ac melle tantum &c. hoc vocatur hydromeli, & vetustate saporem vini assequitur.* Et infra: *Ex unguentis vina composita.* Et *lib.* 22. *cap.* 4. *Longa tamen vetustate transit in vinum, ut constat inter omnes.*

Denique multæ Nationes his potionibus pro vino utuntur. Dioscorid. *lib.* 2. *cap.*

2. *cap.* 110. Καὶ τὸ καλούμενον κοῦρμι, σκευαζόμενον δὲ ἐκ τῆς κριθῆς, ᾧ καὶ ἀντὶ οἴνου πόματι πολλάκις χρῶνται. σκευάζεται καὶ ἐκ πυρῶν τοιαῦτα πόματα, ὡς ἐν πρὸς ἑσπέραν Ἰβηρίᾳ, καὶ Βρεττανίᳳ. *Et quod vocatur curmi, ex hordeo fit, qua potione multis in locis pro vino utuntur. Fiunt & ex tritico hujus generis potiones, tum in Iberia, quæ vergit ad Occidentem, tum in Britannia.* Est autem hoc curmi id, quod in nostra *l. si quis vinum ff. de vino trit. leg.* appellatur *camum*. Utrumque enim simile cervisiæ, quæ ita vocata est a Cerere, id est fruge: est enim potio ex seminibus frumenti, vario modo confecta. Ita Isidor. *lib.* 20. *cap.* 3.

D. Hieronym. in *Esajam cap.* 19. *Zythum genus est potionis, ex frugibus, aquaque confectum, & vulgo in Dalmatiæ Pannoniæque Provinciis gentili barbaroque sermone appellatur Sabaïum: hoc maxime utuntur Ægyptii.* Utrumque verum: de nomine Ammian. Marcellin. *lib.* 26. *Est autem Sabaïa ex hordeo vel frumento in liquorem conversus paupertinus in Illyrico potus.* De Ægypto testatur Athen. loco supra laudato: & versus allatus a Columella.

Et Pelusiaci proritet pocula zythi.

Plin. *lib.* 22. *cap. ult. Ex iisdem frugibus fiunt & potus: zythum in Ægypto: cælia, & ceria in Hispania: cervisia, & plura genera in Gallia, aliisque Provinciis.* Id. *lib.* 14. *cap. ult. in fin. Est & Occidentis Populis sua ebrietas fruge madida. Pluribus modis per Gallias, Hispaniasque nominibus aliis, sed ratione eadem. Ægyptus quoque e fruge sibi potus similes excogitavit: nullaque in parte mundi cessat ebrietas.* Viden', quot Nationes his potionibus pro vino uterentur? Ægyptus, Illyricum, Dalmatia, Pannonia, Gallia, Hispania, Britannia. De Gallia testatur etiam Diodor. *lib.* 3. ubi ait, quod, cum ea regio propter æris frigiditatem neque vinum, neque oleum producat, coacti fuerunt homines potum sibi ex hordeo comparare, quem zythum appellant. Vix totidem Nationes repereris, quæ vino uterentur.

His potionibus pro vino utuntur etiam hodie multæ Nationes: sed hæc scripsimus, ut ostenderemus, non aliam fuisse eorum temporum consuetudinem. Atque omnino mirandum est, quam in bibendo ingeniosa esset illa ætas. Plin. *lib.* 14. *cap. ult. Quanto tamen in potu ingeniosior apparebit, ad bibendum generibus centum nonaginta quinque, si species vero æstimentur, pene duplici numero excogitatis.* Nos etsi Indicas potiones accenseamus, tamen ad hunc numerum non poterimus pervenire. Concludam adjecto lepidissimo epigrammate Juliani Imperatoris, quod est in libro primo *Anthologiæ*, & inscribitur: *In vinum ex hordeo.* In eo Bacchum alloquitur Poeta, & ait, se quidem agnoscere verum Bacchum Jovis filium; non autem hunc. Ille enim nectar olet: hic autem hircum. Hunc racemorum inopia confecerunt ex spicis Celtæ: quare potius *Demetrium* (hoc est a Cerere) appellandum esse ait, quam *Dyonisum*: & ex frumento genitum, & *Bromum* potius, quam *Bromium*. Est autem bromus, avena.

Τίς; πόθεν εἶς Διόνυσε; μὰ γὰρ τὸν ἀληθέα Βάκχον Οὐ σ' ἐπιγιγνώσκω
τὸν Διὸς οἶδα μόνον.
Κεῖνος νέκταρ ὄδωδε, σὺ δὲ τράγον.
ἦ ῥά σε Κελτοὶ Τῇ πενίῃ βοτρύων
τεῦξαν ἀπ' ἀσταχύων.
Τῷ σε χρὴ καλέειν Δημήτριον, οὐ
Διόνυσον. Πυρογενῆ μᾶλλον, καὶ Βρόμον, οὐ Βρόμιον.

Unde? quis es Dionyse? satum Jove dicere Bacchum.
Par est: Tu Bacchi nomen inane geris.
Hircum tu redoles, hic nectar: spicea Celtæ, Vites cum nequeant, pocula, Teque bibunt.
Non Jovis, at Cereris sobolem voco: Fru-

Frugigenamque.

Te decet, atque Bromum dicere, non Bromium.

Ad legem nostram revertamur. Recte in ea notat Ulpianus, ea omnia ex mente testatoris vini legato contineri, quæ pro hominum affectione, atque usu, vini numero habentur. Convenit his illud Plinii *lib.* 14. *cap.* 10. *Non possunt jure dici vina, quæ Græci deuteria appellant. Cato: & nos loram maceratis aqua vinaceis; sed tamen inter vina operaria numerantur.* Concurrit hic usus, & affectio testatoris cum usu, & affectione multarum Nationum: nec repugnat verbi significatio, cum plerique Auctores vini nomen his potionibus accommodarint, ut demonstravimus: & ideo secundum usum testatoris vini nomen interpretari debemus. Plurimum enim in verbis interpretandis deferendum est usui hominum, & consuetudini quotidianæ. *l. ut Alphenus* 87. *ff. de V. S.* Eleganter juxta ac vere Horatius in *Art. poetic.*

Multa renascentur, quæ jam cecidere, cadentque,

Quæ nunc sunt in honore vocabula, si volet usus.

Quem penes arbitrium est, & jus, & norma loquendi.

11 Itaque, licet chartis legatis libri non contineantur, tamen si aliqua ratione argui possit, testatorem libros etiam voluisse legare, continebuntur legato, quia in usu plerique libros chartas appellant. *l. librorum* 52. §. *quod tamen ff. eod.* Supellectilis quoque appellatione non continetur argentum: sed quia luxus posterioris ætatis, posthabita prisca severitate, argentum in supellectilem invexit; hic usus, atque hic error jus facit, ut ait *JC. in l.* 3. §. *ult. in l. legata* §. 1. *ff. de supellect. leg.*

12 Antequam eam legem dimittamus, reliqua explicemus, quæ in ea occurrunt. Mulsum vino non continetur. Mulsum ex vino, & melle fit. *l. adeo* §. *cum quis ex aliena ff. de acquir. rer. dom.* §. *cum ex aliena Instit. tit. de rer. divis.* Plin. *lib.* 22. *cap. ult.* Dioscor. *lib.* 5. *cap.* 16. & alii. Itaque inter dulcia potius, quam inter vina numeratur. *l. ult. ff. de trit. vin. & ol. leg.* Fit enim mulsum duabus vini metretis, admixta una mellis. Dioscor. *ibid.* Itaque ex parte tertia est mel.

Œnomeli autem vino continetur. Videntur hæc duo contraria. Nam mulsum, & œnomeli idem esse, putant omnes. Mulsum Latine, œnomeli Græce dicitur: significat enim vinum, melle mixtum. Sed non temere Ulpianus addidit illa verba: *œnomeli, id est, dulcissimum vinum*: scilicet, ut intelligeremus, eum non loqui de mulso, sed de vino dulcissimo. Mulsum vini appellatione non continetur, quia tertiam partem mellis admiscendo fit nova species; *l. adeo* 7. §. *cum quis ex aliena ff. de acquir. rer. domin.* §. *cum ex aliena Instit. tit. de rer. divis.* œnomeli continetur, quia vinum est, licet dulcissimum. Atque ita appellatur non a mellis mixtione, sed a mellis dulcedine, ac similitudine. Hujusmodi erat vinum Narbonense dulcissimum, quod fiebat ex uva pediculo in vite intorto. Plin. *lib.* 14. *cap.* 9. Quod autem hoc genus vini significare voluerit Ulpianus, verosimile est, quia illud conjunxit cum passo. Est autem passum, ut ait Nonius, *Vinum, quod ex uva passa cogitur.* Fiebat autem ex uva apiana, sole adusta, & leniter tusa, ut ait Plin. *ibid.* Vide & Columell. *lib.* 12. *cap.* 39. ubi late & explicate docet, quomodo passum fiat. Virgil. *lib.* 2. *Georg.* Psythiam vitem passo conficiendo utilem esse ait. 13

Et passo Psythia utilior.

Et Plin. ibid. *Psythium, & melampsythium passi genera sunt.* Recte igitur hujusmodi vinum comparatur ab Ulpiano cum œnomelite. 14

Possemus id etiam interpretari de vino,

15 no, cui admixtum est modicum mel, quod retinet naturam, & appellationem vini, & a Dioscoride *lib.* 5. *cap.* 15. appellatur vinum melitites: hoc est, vinum mellitum; & fit addito mellis congio ad quinque congios austeri musti, & salis cyatho. Sane Martialis mulso passum comparat in lemmate *Passum*.

Gnossia Minoæ genuit vindemia Cretæ.
Hoc tibi, quod mulsum pauperis esse solet.

Sicut ab Ulpiano œnomeli, & passum.

Acinaticum quoque ejusdem generis est. Describitur a Cassiodoro *variar. lib.* 12. *ep.* 4. *Autumno lecta de vineis in*
16 *pergulis domesticis uva, resupina suspenditur. Servatur in vasis suis, thecis naturalibus custoditur, rigescit, non liquescit ex senio: tunc fatuos humores exsudans magna suavitate dulcescit. Trahitur ad mensem Decembrem, donec fluxum ejus Hyemis tempus aperiat: miroque modo incipit esse novum, quando cellis omnibus reperitur antiquum. Hyemale mustum uvarum frigidus sanguis, in rigore vindemia, cruentus liquor, purpura potabilis, violeum nectar. &c.*

Igitur hæc tria genera similia sunt, œnomeli, passum, acinaticum: fiunt enim ex uva, vel in ipsa vite, vel ad solem, vel frigore adusta.

17 Defrutum autem non continetur, quia, ut ait Plin. *lib.* 14. *cap.* 9. *ingenii non naturæ opus est. Musto ad tertiam partem mensuræ decocto, sapa ad dimidiam, defrutum vocatur: omnia in adulterium mellis excogitata.*

CAPUT XIX.

Ad l. Labeo libro 45. *ff. de contr. empt.*

SUMMARIUM.

I. Error in corpore vitiat obligationem. Secus tamen est, si error sit in pecunia numerata, aut in accessorio.

II. Hunnii interpretatio ad l. Labeo 45. ff. de contr. empt. *rejicitur. Aurichalcum non differt ab orichalco. Scribendum sit,* aurichalcum, *an* orichalcum. *Unde ita dictum sit. Duæ species illius. Factitium quomodo fiat. Fossile ubi reperiatur. Qua de causa accipiatur facile pro auro n.* 4.

III. Error in qualitate non vitiat venditionem.

IV. Qualitatis nomine sæpe materiam significant veteres Jurisconsulti.

V. Error in materia vitiat venditionem; & ideo, si quis emat virginem pro puero, emptio non valet: secus est si emat mulierem pro virgine, n. 6.

VI. Error in materia non vitiat contractus; ut pignus, & stipulationem.

VII. Error in materia non vitiat emptionem, si non omnino sit in materia erratum; ut si putetur aureum id, quod est inauratum.

VIII. Si altera alteri materiæ non sit admixta, sed eam cooperiat, error vitiat venditionem.

IX. Cujacius in l. Labeo 45. ff. de contr. empt. *rejicitur. Actio ex empto nascitur emptione invalida existente, ut consequamur id, quod nostra interest. Emptio invalida dici non potest, quando venditor tenetur ad præstandam rem venditam, & emptor ad pretium.*

X. Facti species de orichalco pro auro vendito in l. Labeo 45. ff. de contr. empt. *proponitur, & explicatur textus.*

XI. Aurichalcum ponitur adjective.

ERror in corpore rei vitiat obligationem, cum consensum impediat, sine quo contrahi non potest obligatio, *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *& l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O. l.* 9. *ff. de contr. empt.* Error tamen in pecunia numerata non nocet: *l. quæ extrinsecus* §. 1. *ff. de V.O.* quia in ea non tam corpus ipsum monetæ consideratur, quam valor, & æstimatio. *l.* 1. *in fin. principii ff. de contr. empt.* Error quoque in re, quæ accessionis loco venditur, non vitiat venditionem: *l. si in emptione* 34. *ff. de contr. empt.* quia accessorium sequitur naturam principalis. *c. Accessorium de reg. jur. in* 6. solus igitur error in corpore rei principalis, quæ non sit pecunia numerata, vitiat contractum. 1

Contrarium suadere videtur Marcianus in *l. Labeo* 45. *ff. de contr. emt.* ibi:

Si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, præstet. Multis difficilis videtur hæc lex: sed est etiam multo difficilior, quam ipsis videatur.

2 Respondit Hunnius, in hac lege erraſſe contrahentes non in corpore & ſubſtantia rei, ſed in qualitate materiæ: aurichalcum enim nihil aliud eſt, quam aurum chalco mixtum: ac proinde eſt aurum vilius, ſive impurum, & ære contaminatum: neque enim idem eſt, auctore Feſto aurichalcum, & orichalcum.

Falſa omnia. Falſum, quod differat aurichalcum ab orichalco. Falſum, quod aurichalcum ſit aurum vilius & impurum, & ære mixtum. Falſum proinde, quod ibi erratum ſit in qualitate, non in materia, & ſubſtantia.

Aurichalcum non differt ab orichalco: & ſcribendum eſſe, *orichalcum*, Viri docti autumant. Certe Poetæ non aliter ſcribunt. Horat. in *arte Poet.*

Tibia non, ut nunc, orichalco vincta. ——

Virgil. *lib.* 12. *Æneid.*

Ipſe dehinc auro ſqualentem, alboque orichalco.

Circumdat loricam humeris. ——

Plaut. in *Pſeud.*

Dii Immortales! orichalco contra non carum fuit.

Meum mendacium, hic modo quod ſubito commentus fui.

Idem in *Curcul. ſcen.* Placide:

Auro contra cedo modeſtum amatorem, a me aurum accipe.

Cedo mihi contra orichalco, cui ego ſano ſerviam.

Idem in *Milite glorioſ.*

Ego iſtos mores orichalco contra comparem. Cicero etiam *lib.* 3. *de offic. Si quis aurum vendens, orichalcum ſe putet vendere, indicetne ei vir bonus, aurum illud eſſe?*

Non tamen is ego ſum, qui licet putem, ſcribendum eſſe *orichalcum*, negem nuſquam reperiri ſcriptum *aurichalcum*. Quamvis enim vox hæc non ſit compoſita ex voce *aurum* & χαλκός (cum fere ſit inauditum, teſte Quintiliano *lib.* 1. *c.* 9. vocem componi ex duabus vocibus, quarum una Latina ſit, altera Græca) tamen mirandum non eſſet, ſi Plautus, aut aliquis eo antiquior, ſcripſiſſet *aurichalcum*, cum apud Veteres facile *au* in *o*, & *o* in *au* converteretur: & *orum* diceretur pro *aurum*, *orata* pro *aurata*, *aula* pro *olla*, *auſculor* pro *oſculor*. Sic ab iis dictum *caudex* & *codex*, *Claudius* & *Clodius*, *Caurus* & *Corus*, *plauſtrum* & *ploſtrum*, *auricilla* & *oricilla*, & hujus generis non pauca. Hujus vocis ſimilitudine decepti quidam putaverunt, ita nominatum fuiſſe ab auro, & ære; vel quod ſit aurum ære mixtum; vel quod auri colorem præſeferat, & æris duritiem. Ceterum vox hæc Greca eſt, ὀρείχαλκος, quæ ſignificat *æs montanum*. Heſiodi Interpres: Ὀρείχαλκος τὸ λευκὸν χάλκωμα, ἐν οὔρεσι γὰρ εὑρίσκεται. ἄλλοι δὲ φασὶν, ὀρείχαλκον εἶναι ὕλην τινὰ μεταλλικὴν, χαλκοῦ τιμιωτέραν. *Orichalcum ſpecies æris alba, in montibus enim invenitur. Alii vero ajunt, eſſe quamdam materiam metallicam, ære pretioſiorem*. Auctor *Etymolog. magn.* Ὀρείχαλκος εἶδος ὕλης οὕτω καλουμένης, ἥτις νῦν οὐχ εὑρίσκεται. Ἄλλοι δὲ λέγουσιν, ὅτι χύμα ἐστὶ χαλκοῦ τοῦ καὶ εὑρισκομένου λευκοῦ χαλκοῦ, ὅτος γὰρ σκληροτέρα πήγνυται, λευκὸς φύσει, Heſychius definit ipſum materiam æri ſimilem: & Philoxenus, materiam metallicam, ære pretioſiorem. Apollonii Interpretes ita dictum putant ab Orco inventore. Suid. *æs ſplendidum: æs probatum*.

Conſtat igitur, quam falſa ſit opinio illa, quæ ex corrupti nominis errore fluxit in vulgus, orichalcum eſſe aurum ære mixtum, eſſe aurum vilius, ut ait Hunnius. Idque præterea facile poteſt hoc modo demonſtrari. Orichalci duæ

duæ recensentur species, factitium, & fossile. In orichalco factitio nusquam aurum. Fit enim ex ære, cum quo Cadmea terra miscetur. Ipse Festus in voce *Cadmea*. *Cadmea terra*, inquit, *quæ in æs conjicitur, ut fiat orichalcum.* Strabo: *Apud Andeira lapis reperitur, qui exustus transit in ferri vim. Mox cum terra quadam in fornace concoctum pseudargyrum exsudat. Dein si æri promisceatur, fit orichalcum.* & idem *lib.* 13. *Geograph.* Hanc compositionem agnoscit etiam Auctor *Etymol. loco supra allato*.

Orichalcum vero fossile in India reperiri scribit Diodor. *l.* 3. *Biblioth.* & Plin. *lib.* 34. *c.* 2. *Fit & ex alio lapide, quem chalciten vocant in Cypro, ubi prima fuit æris inventio: mox vilitas præcipua reperto in aliis terris præstantiore; maxime orichalco, quod præcipuam bonitatem, admirationemque diu obtinuit, nec reperitur longo jam tempore effœta tellure.* Idem videtur confirmare Auctor *Etymol.* ut supra; & Hesychius in voce ὀρείχαλκος. Servius ad versum Virgilii supra allatum: *Apud majores orichalcum pretiosius omnibus metallis fuit: namque, sicut Lucretius dicit, cum primum homines sylvas incendissent, nullarum adhuc rerum periti, terra casu fertilis omnium desudavit metalla, inter quæ orichalcum protiosius visum est, quod & auri splendorem, & æris duritiem possideret. Nam primum ex auro securis facta displicuit causa mollitiei. Simili ratione & argenti contemptus est usus: mox aurichalcum placuit, donec veniretur ad ferrum. Unde dicuntur sæcula ita fuisse divisa.* De orichalco Servii commentum est; aut hoc nomine significare voluit ipsum æs, quod non crede. Certe Lucretius, quem laudat, hæc refert de ære, non de orichalco. Ejus carmina sunt in *lib.* 5. *vers.* 1242.

Quod superest æs, atque aurum, ferrumque, repertum est,
Et simul argenti pondus, plumbique potestas,
Ignis ubi ingentes sylvas ardore cremarat.

Huic fabulæ fidem non videtur abnegare Posidonius apud *Strabonem lib.* 3. Et deinceps:

Nam fuit in pretio magis æs, aurumque jacebat
Propter inutilitatem hebeti mucrone retusum.

Nusquam orichalci mentio. Reperiri tamen orichalcum fossile, negat Aristoteles apud Apollonii Scholiasten: & incerta Plinii fides, cum longo jam tempore neget reperiri, ut etiam confirmat Auctor *Etymol.*

Sed hoc non facit ad rem nostram. Do enim, reperiri orichalcum fossile. Certe id erit quædam species metalli, aut quædam species æris colore aureo, aut species æris albi, ut arbitrantur Auctores supra laudati: non vero aurum ære mixtum, aurum vilius.

Falsum est igitur, errari in qualitate, quoties venditur orichalcum pro auro, ut in nostra *l. Labeo*. Utique constat, errorem esse in materia, cum differat orichalci materia a materia auri. Poterat id Hunnius, si non ex peritia antiquitatis, saltem ex ipsa lege assequi. Si enim in ea lege fuisset erratum in qualitate, venditor non teneretur præstare aurum, sed aurichalcum ipsum, quod vendidit; ac præterea, quanto minoris venire solet orichalcum, quam aurum. *l. Julianus. in princ. ff. de act. empt. l. si sterilis* 21. §. *quamvis ff. eod.* Valet enim venditio, cum in qualitate erratur, & venditor tenetur ad præstandam rem venditam. *l. aliter. & l. quid tamen* 14. *ff. de contr. empt.* Illud tamen 4
est animadversione dignum, quod nomine qualitatis materiam sæpe significant Veteres Jurisconsulti, ut in *d. l. sterilis* 21. §. *quamvis ff. de act. empt.* & probari potest conferendo textum in *l.* 198.

ff. de V.S. cum *l. si prædium C. de præd. min.*

Sed qui fit, inquiet aliquis, ut tam facile erretur inter orichalcum, & aurum, si non in sola qualitate, sed in materia differunt? Certe Cicero, ut proponat exemplum probabilis erroris, supponit, vendi aurum pro orichalco: & Labeo hic vendi orichalcum pro auro. Dicam, ut res est. Facile obrepit hic error aurei coloris causa, quem præfert orichalcum, teste Servio, Festo, Isidoro, & aliis. Nec solum aureum colorem habet, sed & splendidum, qualis auri esse solet. Quare Græci Poetæ orichalcum semper appellant splendidum. Hesiod.

—— *κνημῖδας ὀρειχάλκοιο φαεινοῦ.*

& Apollonius:

Λαμπετιν δι' ἐπὶ βωτὶν ὀρειχάλκοιο φαεινου

Πάλλεν ὀπηδεύοντα καλαβροπα. ——

Hinc fortasse Virgilius orichalcum dixit *album*, quasi splendidum: vel potius, quia color ejus albicat aliquantum, & ab Hesiodi Scholiaste, & Auctore *Etymolog. magni* vocatur *album æs:* & harum rerum periti ajunt, pretiosius esse orichalcum album. Est igitur simile auro orichalcum, ut in voce ὀρείχαλκος ait Hesychius, atque inde ejus valor immodicus, ut constat ex Plauti versibus supra allatis, hinc etiam facilis error.

5 His præmissis facilis est responsio. Ea lex non pertinet ad quæstionem nostram: neque enim ibi agitur de errore in corpore rei, sed de errore in materia, qui longe differt.

Sed Charybdin declinantes incidimus in Scillam incauti. Pone, erratum fuisse in materia: certe nihilominus emptio erit irrita. Error enim in materia vitiat emptionem. *l. in venditionibus. §. ult. l. quid tamen ff. de contr. empt. l. si sterilis. §. quamvis ff. de act. empt.* ubi legendum est, *emptionem non esse*, ne sit contraria *l. in venditionibus ff. de contr. empt.* licet in *Pandectis Florentinis* negatio desit.

Quoniam vero hoc argumento conjicimur in aliam quæstionem, de hac quoque pauca delibemus. Error in materia non vitiat contractus. *l. si id quod aurum 22. ff. de V. O. l. 1. ff. de pign. act. l. cum æs ff. de furt.* Vitiat tamen emptionem, & venditionem. *d. l. si in venditionibus*, cum aliis similibus. Ratio hæc afferri solet, quod in aliis contractibus, ut in stipulatione, in pignore, interest creditoris valere contractum, & non esse irritum. Si enim fuerit irrita stipulatio, vel pignus, nec aurum habebit creditor, cujusmodi putabat esse illud corpus; nec æs, quod re vera est. Interest igitur ejus, potius æs habere, quam neutrum. In emptione longe aliter se res habet. In hac solvendum est a venditore pretium: propterea ejus interest emptionem non valere, ne pretio auri emat æs: quo fit, ut nullum in corpore æris consensum præstitisse conjectura assequamur, quia aliud pretium in ære constituisset. Adeo autem hic error vitiat, ut, si quis virginem pro puero emerit, emptio non valeat: licet valeat, si quis mulierem pro virgine emat: *l. alioquin §. 1. ff. de contr. empt.* quia ille errori materiæ comparatur, cum sit error in sexu; hic vero comparatur errori qualitatis. Mulier enim a virgine solum qualitate differt, & est paulo vilior. Imo cum virgo a vigore, vel viridiore ætate dicta sit, ut putat Isidorus, ac Festus; & quædam nuptæ eamdem ætatis viriditatem, floremque, & vigorem præseferant; sæpe etiam mulieres appellantur virgines. In jure nostro Ulpianus nos docet, mulieres appellari etiam virgines. *l. argumento. §. muliebri ff. de auro, arg.* Virgilius Pasiphaen virginem appellat, cum jam peperisset tres filios, Phædram, Ariadnam, & Androgeum:

Ah virgo infelix! quæ te dementia cepit! & rursus:

Ah virgo infelix! tu nunc in montibus

tibus erras.

Horatius de Clytemnestra:

——— *Et in omne virgo*
Nobilis ævum.

Euripides in *Ione*: παρθένος τικοῦσα *Virgo parturiens*, & Terentius in *Hecyra* Philumenam post partum virginem appellat. Philo περὶ ὀνείρων. Εὔγειον παρθένον. *Fœcundam virginem*. & Hesychius Evam appellat primam virginem.

7 Animadvertendum tamen est, quod, etsi error in materia vitiet emptionem; valet tamen emptio, si non omnino in materia sit erratum; ut si putetur aureum id, quod est inauratum; argenteum id, quod est inargentatum: *l. quid tamen ff. de contr. empt.* cum materies illa, in qua convenitur, sit admixta atque infusa illi, in qua erratur. Illa enim quodammodo hanc ad se trahit, & hæc ejus naturam induit ac sequitur, quod potest recte explicari exemplo confusionis, tradito *in §. si duorum Inst. tit. de rer. div.* Ex *d. l. quid tamen ff. de contr. empt.* observandum est, quod, si orichalcum esset aurum ære mixtum, valeret emptio.

8 Quod si altera alteri materiæ non sit admixta, atque infusa, sed alia ab alia cooperiatur; ut, si mensa lignea cooperta sit lamina argentea, & putetur ex solido argento confecta, emptio nulla erit. *l. cum ab eo §. ult. ff. de contr. empt.* Operimentum enim non est mensæ pars, sed ejus accessorium: quamobrem non potest mensam in suam naturam convertere, sed potius ipsum sequitur naturam mensæ.

9 His delibatis, redeamus ad nostrum argumentum, a quo fortasse paulo longius digressi sumus. Si in *d. l. Labeo* erratum esset in materia, non valeret emptio, & tamen ibi emptio valet. Negat hoc doctissimus Cujacius: putat enim, ibi nullam esse emptionem, monetque, nos moveri non debere, quod ex ea emptione nascatur actio ex empto, etiamsi emptio nulla sit. ad *text. in l. qui officii 62. §. 1. ff. de contr. empt.* in *l. si sterilis §. quamvis ff. de act. empt.*

Ego tamen doctissimo Viro assentiri non possum. Duo sunt, quæ animum meum a sententia ejus abducunt. Primum, emptio illa comparatur cum emptione, in qua vendita erant vestimenta interpola pro novis, quam valere nemo dubitat. Præterea quoties venditor tenetur præstare id, quod vendidit, non potest esse irrita emptio: si enim dicamus, non valere emptionem, in qua venditor teneturad præstandam rem venditam, & emptor ad præstandum pretium, nulla emptio valebit: cum in omni emptione nullo alio modo emptor, & venditor obligentur. Plane aliquando nascitur actio ex empto, etiamsi emptio non valeat; sed ideo, ut ea actione consequi possimus id, quod nostra interest, deceptos non fuisse; non ut consequamur rem venditam, ex adductis legibus, & ex *§. ult. Inst. tit. de empt. & vendit.* At vero in *d. l. Labeo*, tenetur, & conveniri potest venditor ad præstandam rem venditam, non ad id, quod interest.

Quo accuratius eam legem perpendo, eo magis mihi monstri instar esse videtur, quod in ea continetur. Si valet emptio, præstandum est orichalcum, non aurum; vendidit enim orichalcum pro auro; si emptio non valet, præstandum est pretium, aut quanti interest; non aurum, aut orichalcum. In ea autem lege nec orichalcum præstandum est, nec quanti interest; igitur nec valet, nec non valet emptio; quod fieri non potest. Rursus, si ibi proponitur venditum orichalcum, quomodo potest teneri venditor, ut præstet aurum, quod vendidit? Si vendidit orichalcum, non vendidit aurum; si aurum vendidit, non vendidit orichalcum pro auro. Negari non potest, pugnare inter se verba Jurisconsulti.

Dum

Dum videor huic legi inextricabilem errorem affingere, eo magis rem expedio. Fingendus est enim casus, cui conveniant hæc omnia: videlicet in quo valeat emptio; & tamen venditor non teneatur præstare orichalcum, quod vendidit; ac rursus in quo vendiderit orichalcum pro auro, sed tamen vendiderit etiam aurum: atque ita, ut non teneatur præstare orichalcum, sed aurum.

10 Species, quam quærimus, hæc est. Quidam habebat duo vasa ejusdem magnitudinis, figuræ, eodem artificio elaborata, alterum ex orichalco, alterum ex auro. Putabat, utrumque aureum esse. Quidam cum ea videret, & aurea judicaret, emit unum ex his, &, ut plerumque fit, non demonstravit, ac designavit, quodnam emeret, cum similia essent. Sed ita emit: *Unum ex his vasis aureis mihi emptum est aureis tot*. Ubi de pretio convenerunt, venditor ei tradidit vas illud, quod factum erat ex orichalco, vel emptor ipse ultro accepit. De hac specie quæritur in *d. lege:* huic enim conveniunt ea omnia, quæ in *d. lege* supponuntur. Valet enim emptio: cum enim emptum sit vas in genere, nullus error in contrahenda emptione intervenit, qui eam vitiare possit. Si enim omnia vasa essent ex orichalco, utique non valeret emptio propter errorem in materia: sed cum inter ea vasa sit aliquod vas aureum juxta mentem contrahentium utique emptio valet. Rursus ita valet emptio, ut venditor teneatur præstare vas aureum, licet vendiderit orichalcum pro auro. Utrumque enim vas fuit in venditione, & obligatione, ut usu venire solet in omni obligatione generis: *l. Mævius. §. non idem ff. de leg. 2. l. si duo. l. 28. ff. de V. O. l. ait Prætor. §. etsi sine ff. de minor. l. 3. qui & a quibus*: seu potius incertum vas erat in obligatione. *L. ubi autem. in princ. ff. de verb. oblig.* Ex solutione autem apparere deberet, quodnam ex illis vasis venditum sit: ita ut, si utrumque vas esset aureum, illud venditum intelligeretur, quod traditum est. Verumtamen in nostra specie, cum mens contrahentium sit, ut vendatur vas aureum, licet aliud traditum sit; tamen re vera venditum intelligitur vas aureum, idque a venditore præstandum est. Recte igitur ait Jurisconsultus: *Si quis vas aurichalcum pro auro vendidit.* Utique enim vendidit vas aurichalcum: qui enim vendit unum ex pluribus vasis, illud censetur vendidisse, quod solvit. Postea subjicit: *tenetur, ut aurum, quod vendidit, præstet.* Et hoc etiam recte. Nam cum in vase soluto erratum sit, & constet, vas solutum non esse aureum, ut putabatur; jam constat, in eo emptionem consistere non posse: ac propterea re vera propter errorem, non vas, quod solutum est, sed alterum vas aureum venditum est, & ad illud præstandum tenetur venditor. Vas aurichalcum est in venditione, tum quia continetur in genere vendito, tum quia fuit solutum ex causa venditionis. Vas aureum est in venditione, tum quia etiam ipsum est in genere vendito, tum quia tale est, quale volebant esse contrahentes. Illud non recte præstatur, quia quoad ipsum, erratum est in materia, cum sit ex aurichalco. Hoc præstandum est, quia eventus declaravit, in hoc erratum non fuisse, cum sit aureum, cujusmodi esse debebat ex mente contrahentium.

11 Pro coronide notanda sunt verba Jurisconsulti: *Vas aurichalcum*. Ponitur hic adjective, ut sæpe a Græcis. Observare id potes apud Suid. κώδωνας ὀρειχάλκους. & ὀρείχαλκος στήλη.

C A-

CAPUT XX.

Ad §. est autem litus Instit. tit. de rer. divis.

SUMMARIUM.

I. *Litoris definitio.*
II. *Æstus Maris quando existat maximus.*
III. *Hiems non solum significat anni tempus, sed etiam tempestatem Ventorum, & Maris.*
IV. *Hibernus fluctus accipitur a Justiniano pro fluctu, qui in tempestate excitatur.*
Arcturus maximas excitat tempestates, & quando oriatur.
V. *Explicatur* L. Litus 112. ff. de Verb. Sign. *& quid significet vox* æstus *&* exæstuo.

1 MEmoriæ proditum est, Scipionem Africanum ac Lælium in litore Maris conchas, & umbilicos legentes honesto otio fuisse delectatos. Nos quoque deambulantes in litore Maris, ex amœnioribus litteris aliquid decerpamus, quod nobis facem præferat ad leges nostras explicandas, & litoris fines constituendos. Admonemur enim a Quintiliano, ut verborum proprietatem accurate inquiramus, cum hoc a veteribus Jurisconsultis factum sit, licet in litore definiendo translatione fuerint usi. Is *lib. 5. cap. ult.* ait: *Etiam ipsi Jurisconsulti, quorum summus circa proprietatem verborum labor, litus esse audent dicere, qua fluctus alludit.* Galli Aquilii est hæc definitio. Cicer. in *Topic. Litus solebat Gallus Aquilius per translationem definire, qua fluctus eluderet.* Nostri autem Jurisconsulti hanc translationem rejecerunt, & noluerunt recedere a proprietate verborum. Celsus *l. Litus 96. ff. de V. S. Litus est, quousque maximus fluctus a Mari pervenit: idque M. Tullium ajunt, cum Arbiter esset, primum constituisse.* Legislator noster Justinianus paulum mutavit hanc definitionem in §. *est autem litus Inst. tit. de rer. divis. Est autem litus Maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.* In hac definitione explicanda mihi non satisfaciunt Viri doctissimi, qui hibernum fluctum eum esse tradunt, qui æstu reciprocante accedit, ac recedit; eumdemque esse maximum, quia Hieme maximi fiant æstus.

Numquam huic explicationi acquiescere potui, ne quidem tum, cum in scholis agebam, & elementa Juris accipiebam. Neque enim ignorabam, falsissimum esse, maximos æstus hiberno tempore contingere, nisi cum Posidonio errare velimus potius, quam cum omnibus aliis, & cum ipsa rerum natura bene sentire. Strabo *lib. 3. circa fin. Gaditani Posidonium in errorem adduxerunt, qui ei renunciarunt circa Brumam, & Solstitium maximos æstus fieri, minimos in duobus Æquinoctiis. Itaque maximi æstus sunt in duobus Æquinoctiis, minimi Bruma atque Solstitio.* Plin. *lib. 2. cap. 97. Augentibus ea cuncta foliis annuis causis, duobus Æquinoctiis maxime tumentes, & autumnali amplius, quam verno; inanes vero Brumis, & magis Solstitio.* Senec. *Nat. Quæst. lib. 3. cap. 27. Ergo ut solet æstus æquinoctialis sub ipsum Lunæ, Solisque coitum omnibus aliis major undare.* Tacit. *lib. 1. Annal. Vitellius primum iter sicca humo, aut modice adlabente æstu, quietum habuit. Mox impulsu Aquilonis, simul Sidere Æquinoctii; quo maxime tumescit Oceanus, rapi, agique agmen: & opplebantur terræ. Eadem freto, litori, campis facies.* Igitur verba illa definitionis ad æstum marinum referre non possumus, qui minimus est Hieme: præsertim quia in Mediterraneo maxima pars litoris æstu caret, qui sensu percipiatur, ut testatur Ricciol. *Al. mag. nov. part. poster. lib. 9. section. 4. cap. 16.* & doctissimus Galilæus noster *in dialog. 4. de system. mund.* & probabile est, suam definitionem nostro Mari accom-

commodasse Legislatorem, non Oceano.

3 Existimo ego, fluctum hibernum significare fluctum tempestate agitatum, nec ad Anni tempus, sed ad tempestatem Maris id esse referendum. *Hiems* non solum dicitur Anni tempestas, sed etiam tempestas imbrium, Ventorumque, & tempestas Maris irati. Plinius: *Hæc cum sereno Cœlo apparere desierit, atrox biems sequitur*. Virgil. *lib.* 1. *Georgic.*

Nec nocturna quidem carpentes pensa puellæ.
Nescivere biemem. ———

Et ibid.

——— *ita turbine nigro*
Ferret biems culmumque levem, stipulasque volantes.

Sic & apud Græcos vox χειμὼν non solum Anni tempus, sed & vim Ventorum, & imbrium significat. Itaque quod de apibus tradidit Aristoteles: Προγινώσκουσι δὲ καὶ χειμῶνα, καὶ ὕδωρ, Plinius Latine reddidit: *prædivinant Ventos imbresque*. Et quod in Geopon. est χειμῶνα σημαίνει, apud Plinium est: *Ventos, & imbres præmonet*. Et Aratus sæpe utitur hac voce ad significandam vim Ventorum, & imbrium.

Præterea *biems* dicitur tempestas procellosi Maris. Virgil. *lib.* 3. *Æneid.*

Tum mihi cæruleus supra caput adstitit imber,
Noctem, biememque ferens; & inhorruit unda tenebris.

Idem *lib.* 1. *Æneid.*

Jam validam Ilionei navem, jam fortis Achatæ.
Et qua vectus Abas, & qua grandævus Aletes,
Vicit biems. ———

Et *in* 2. *Æneid.*

——— *sæpe illos aspera Ponti*
Interclusit biems, & terruit Auster euntes.

Statius *lib.* 3. *Sylv.* 2.

——— *Visis tumuerunt puppibus undæ,*
Inque bominem surrexit biems. ———

Et *lib.* 3. *Sylv.* 5. etiam incendium erumpens ex Vesuvino vertice *biemem* audet appellare.

Non adeo Vesuvinus apex, & flammea diri
Montis biems trepidas exhausit civibus urbes.

Hinc derivatæ sunt voces hibernus, hiemans, hibernare, quæ omnes de Mari tempestatibus agitato dicuntur. Pers. *Satyr.* 6.

——— *Mibi nunc Ligus ora*
Intepet, bibernatque meum Mare. ———

Intepet, & hibernat, cum ventis, & tempestatibus agitatur. Cic. *de natur. Deor. lib.* 2. *Atque etiam Maria agitata ventis ita tepescunt, ut intelligi possit, in tantis illis bumoribus inclusum esse calorem: nec enim ille externus, & adventitius babendus est, sed ex intimis Maris partibus agitatione excitatus*. Tibullus *lib.* 2. *Eleg.* 6.

Claudit & indomitum moles Mare, lentus ut intra
Negligat bibernas piscis adesse minas.

Arcturus apud Plaut. *in Rudent. in Prolog.*

Increpui bibernum, & fluctus movi maritimos.

Et ne quis putet, has voces in usu esse solummodo apud Poetas, Plin. *lib.* 9. *cap.* 22. *Octobri fere mense, autumnali sidere biemante lacu*. Senec. *epist.* 114. *Dixit Sallustius aquis biemantibus*. Arruntius in primo belli Punici ait: *Repente biemavit tempestas*. Et alio loco: *Inde sexaginta onerarias leves præter militem, & necessarios nautarum, biemante Aquilone misit*. Petron. Arbit. *Satyr. Utinam me solum inimicus ignis bauriret, utinam bibernum invaderet Mare*. Sic & apud Græcos χεῖμα & χειμὼν significat Maris tempestatem: & νῆες χειμασθεῖσαι dicuntur naves tempestate jactatæ, atque dispersæ, a Thucydide *lib.* 3. & 8. *bistor.*

Quemadmodum igitur Sallustius dixit: 4

xit: *aquas hiemantes*, & Petronius, *hibernum Mare*, & Tibullus, *hibernas minas*; sic Justinianus noster dixit: *hibernum fluctum*; nempe fluctum tempestate agitatum. Posset etiam quis id referre ad Anni tempus, quia Hieme sunt maximæ tempestates: sed minus eleganter, ac minus etiam recte. Etenim non semper Hieme maxime tempestates excitantur. Certe Arcturus existimatur, omnium siderum acerrimum esse ad ciendas tempestates. Sic ipse loquitur apud Plaut. *in Rudent.*

Increpui hibernum, & fluctus movi maritimos.
Namque Arcturus signum omnium sum acerrimum.
Vehemens sum exoriens, cum occido, vehementior.

Oritur autem Arcturi sidus ante Æquinoctium autumnale. Plin. *lib.* 2. *cap.* 47. *Sidus Arcturi, quod exoritur undecim diebus ante Æquinoctium Autumni.* Columell. *lib.* 11. *cap.* 2. *Nonis Septembris Arcturus exoritur.* Itaque etiam Autumno potest contingere maxima tempestas: ac propterea definitio illa nec satis apte, nec satis dilucide aperiet naturam rei, quam definit. Sed tamen omnis interpretatio verior, & probabilior est ea, quæ communiter traditur de æstu marino.

5 Doctissimis Viris, ut opinor, imposuerunt verba Javoleni in *l. litus* 112. *ff. de verb. sig. Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exæstuat.* His perspicue videtur indicari æstus Maris. Sed non ita est. Hac voce utuntur Latini ad describendas tempestates. Virgil. *lib.* 3. *Georgic.*

Fluctus ut in medio cœpit cum albescere ponto
Longius, ex altoque sinum trahit, utque volutus
Ad terras immane sonat per saxa, nec ipso
Monte minor procumbit: at ima exæstuat unda
Vorticibus, nigramque alte subjectat arenam.

Plin. *lib.* 37. *cap.* 2. *de electro*: *Oceano id exæstuante ad Pirenæi Promontorium ejici.* Exæstuare & fervorem, & fragorem etiam indicat. Virgil. *de Ætna*:

..... liquefactaque saxa sub auras
Cum genitu glomerat, fundoque exæstuat imo.

Utrumque autem proprium est tempestatis. Fragorem & sonitum in tempestatibus nemo non audivit. Fervor quoque tempestati tribuitur. Itaque apud Eustath. *lib.* 5. *Odyss.* Dorion quidam irridet ineptum Poetam, frigide tempestatem describentem; & ait, se vidisse, multo majorem tempestatem excitari in patella bulliente. Unde Græci quoque utuntur simili verbo in describendis tempestatibus. Calab. *lib.* 2.

—— ἤυτε κύματα ἐν βορέαο σθένης
Πολλ' ἐπιπαφλάζοντα κυλίνδεται αἰγιαλοῖσιν

Homer. *Iliad. lib.* 14.

—— εν δέ τε πολλὰ
Κύματα παφλάζοντα πολυφλοίσβοιο θαλάσσης
Κυρτὰ φαληριόωντα πρὸ μὲν τ' ἄλλ' αὐτὰρ ἐπ' ἄλλα.

Ab utroque Poeta dicuntur κύματα παφλάζοντα, hoc est, *fluctus exæstuantes.* Et Eustath. ad hos Homeri versus observat vim, & venustatem verbi, quod non solum fervorem demonstrat, sed etiam fragorem, & strepitum Maris agitati, quod elegantissime expressit Virgilius verbo *exæstuandi*, & noster Javolenus in *d. l. litus ff. de V. S.* qua maxime fluctus *exæstuat*: quod eleganter dictum est, & non sine figura, quasi dicat: quo excurrit fluctus exæstuans, hoc est, tempestate agitatus. Et hanc esse sententiam Jurisconsulti in *d. l. litus publicum* 112. *ff. de V. S.* constat ex verbis, quæ subjiciuntur: *Idemque juris est in lacu, nisi is totus privatus est.* Lacus quosdam tempestatibus agitari, cer-

tum est. Plin. *lib. 9. cap. 22. Octobri mense, autumnali sidere, ut palam est, hiemante lacu. Autumnali sidere*: nempe Arcturo, qui maximas excitat tempestates, ut supra diximus. At vero lacus æstu, accessuque ac recessu reciproco, sicut Mare, non moventur. Idem *lib. 2. cap. 97.* ubi de æstu marino: *Qua de causa nec lacus, nec amnes similiter moventur*. Quamobrem verba Javoleni non possunt referri ad æstum, sed solum ad tempestatem: qua lege maxime nostra sententia confirmatur.

CAPUT XXI.

Ad §. si communi 4. Inst. tit. de injur.

SUMMARIUM.

I. Servis injuria non fit, sed si ea atrocior fit, domino infertur, & ipsi actio injuriarum acquiritur.

II. Æstimationem injuriæ servo communi factæ quisque ex dominis pro dignitate sua facit: Judex vero condemnat pro portione cujusque ex dominis. Conciliatur §. si communi 4. Inst. Tit. de Injur. *cum l. sed non esse* 16. ff. de Injur. *& n. 3. & 4.*

III. Æstimatio facta ab uno ex dominis, si referatur ad æstimationem alterius, non est pro portione dominii; si vero referatur ad ejusdem domini æstimationem, quæ facienda fuisset, si in solidum dominus fuisset, ea non est facta pro majore parte, quam pro qua dominus est.

IV. Æstimatio in l. sed non esse 16. ff. de Injur. *comparatur cum æstimatione, quæ facienda esset, si esset dominus in solidum. Contra in* d. §. *si communi 4. comparatur cum æstimatione alterius domini.*

V. Vox quisque *aptissima est ad comparandum unum cum alio.*

VI. Si testator instituerit filium nasciturum ex besse, & ex reliqua parte uxorem; si vero filia nasceretur, eam instituerit ex triente, & ex reliqua parte uxorem; natis filio, & filia hereditas dividitur in septem partes, quarum una danda est filiæ, duæ uxori, quatuor vero filio. Explicatur l. si ita scriptum 13. ff. de liber. & post.

VII. Si testator instituerit filium, qui nascetur, ex besse, & ex reliqua parte uxorem; si vero filia nascatur, instituerit eam ex quadrante, & ex reliqua parte uxorem; natis filio & filia hereditas dividitur in decem partes, quarum una filiæ danda erit, tres uxori, & sex filio.

VIII. Regula, qua dividenda est hereditas in casibus n. 6. 7. allatis.

SErvis injuriam non fieri constat; sed si quid atrocius adversus eos tentatum sit, quod in contumeliam domini redundet, ipsi domino injuriam fieri, ipsum actionem habere ad injuriam vindicandam §. *servis autem Inst. tit. de injur. l. item apud Labeonem* 15. §. *pen. ff. de injur.* Quod si servus plures dominos habeat, omnibus actio injuriarum est concedenda. *d. l. item* 15. §. *ult.* Sed quomodo sit æstimanda injuria, an pro portione, quam quisque habet in servo, an pro dignitate cujusque domini; in hoc nutant fere omnes Interpretes. Videntur enim duæ leges inter se discrepare. Justin. in §. *si communi*. 4. *Inst. tit. de injur. si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum persona: quia ipsis fit injuria*. Contra Paulus *in l. sed non esse 16. ff. de injur. sed non esse æquum pro majore parte, quam pro qua dominus est, damnationem fieri, Pedius ait: & ideo officio Judicis portiones æstimandæ sunt*. I

Cum puer adhuc primis Juris præceptis erudirer, & audirem has leges a doctissimis Viris omnino contrarias existimari; ab aliis multa fingi, aut inepta prorsus, aut a vero non parum abhorrentia; satis mirari non poteram eorum sollicitudinem, qui nodum in scirpo mihi quærere videbantur. Et cum eo tempore mathematicis disciplinis sedulam operam darem, quibus me multum operæ ac temporis impendisse non pœnitet, multa ex libris Geometrarum deprompta exempla, atque demonstrationes afferre solebam, quibus ostenderem, eamdem esse divisionem a Paulo, & a

Justiniano factam, eamdemque injuriæ æstimationem. Sed quoniam his modo supersedendum est, ne stomachum moveam Jurisconsultis nostris, nimio plus delicatis, & has artes fastidientibus, idcirco alia via aggrediar ad has leges explicandas.

Quantum alii laborant, ut has leges
2 inter se concilient, tantum ego, ut intelligam, quomodo inter se diffideant. Ait Justinianus, æstimationem injuriæ factæ servo communi faciendam ex persona dominorum, non pro parte, qua quisque dominus est. Ait Paulus, condemnationem non esse faciendam pro majore parte, quam pro qua quisque dominus est. Non sunt hæc contraria, ne quidem si velis. Æstimatio injuriæ, non est condemnatio. Injuriam æstimat, qui læsus, & injuriam passus est. §. *pœna Inst. tit. de injur. l. item apud.* 15. §. *itaque Prætor ff. eod.* Condemnat autem Judex. *l. ult. C. de injur. lib. 9.* Injuriam æstimat læsus, quanti voluerit: condemnat Judex, quanti ipsi visum fuerit. §. *pœna Inst. tit. de injur.* Non sunt igitur contraria hæc: dominus æstimat injuriam pro sua dignitate, non pro parte, qua dominus est: Judex condemnat reum pro parte, pro qua dominus est. Patritius, aut Senator, qui servi pro dimidia parte dominus est, æstimat injuriam servo factam mille aureis: Judex condemnat reum in quingentos, quia non totius servi dominus est, sed pro dimidia. Plebejus, qui dominus est alterius partis servi, injuriam æstimat centum aureis: Judex condemnat reum in quinquaginta, quia non totius, sed dimidii servi dominus est. Uterque recte æstimavit, quia cum utrique injuria facta sit, §. *si communi. in fin. Inst. h. tit.* & sua cujusque injuria propriam æstimationem habeat, *l. cum quis. in* §. *si nupta ff. de injur.* uterque in æstimanda injuria suæ dignitatis debet habere rationem. *l. servo* 30. *cum l. seq. ff. de injur.* Sed cum uterque æstimaverit injuriam in solidum, Judex debet æstimationem redigere ad portionem, quam quisque habet in servo, quia non est æquum, pro majore parte damnationem fieri, quam pro qua quisque dominus est. *d. l. sed non esse* 16. *ff. de injur.* Et hoc in *d. l.* significat JC. cum subjicit, *& ideo officio Judicis portiones æstimandæ sunt.* Nempe æstimatio, quæ in solidum fieret, si Servus totus esset Senatoris, aut Plebeji, officio Judicis redigenda est ad æstimationem portionis, quam quisque habet in servo: neque enim Judex ipse re vera injuriam æstimat, sed æstimationem ab actore factam redigit ad id, quod æquum bonum ipsi videbitur. §. *pœna Inst. tit. de injur.* Cum autem æquum non sit, ut pro majore parte, quam pro qua dominus est, pœnam injuriæ consequatur, quia nulla alia de causa eam consequitur, quam quia dominus est, & jure dominii pœnam percipit; Judex redigit 3
æstimationem ad portionem dominii. *d. l. sed non esse ff. de injur.* Itaque ad actorem pertinet injuriam pro sua dignitate æstimare. *d.* §. *si communi.* Ad officium Judicis pertinet æstimare portiones servi, & ad eas redigere æstimationem injuriæ, ab utroque actore factam. *d. l. sed non esse.* Nec video, qua ratione hæc inter se pugnare dicantur.

Sed finge jam non differre æstimationem a condemnatione, aut æstimationem cum condemnatione convenire debere, nec eam in solidum æstimandam, sed pro parte: ac propterea a Senatore debere æstimari non mille aureis, sed quingentis; & a plebejo quinquaginta, non centum; ut æstimatio congruat condemnationi. Dico, nihilominus has leges non esse contrarias. Utrumque enim verum est: & injuriam æstimandam pro dignitate, non pro parte, pro qua quisque dominus est; & non esse æstimandam pro majori parte, quam pro qua do-

dominus est. Essent hæc contraria, si eòdem referrentur: sed cum eòdem non referantur, est utrumque verissimum. Si unius æstimatio referatur ad æstimationem alterius, non est facta æstimatio pro parte, pro qua quisque dominus est: quia non eadem est ratio æstimationis ad æstimationem, quæ partis ad partem. Si vero æstimatio unius referatur ad ejusdem æstimationem, quæ in solidum facienda erat, si fuisset dominus in solidum; utique æstimatio non est facta pro majore parte, quam pro qua dominus est: nam eadem est ratio æstimationis ad totam æstimationem, quæ partis ad totum servum. Dicam, si potero, ut intelligant etiam illi, qui geometræ non sunt. Senator æstimat injuriam quingentis aureis, plebejus quinquaginta. Si Senator fuisset dominus totius servi, eam æstimasset mille aureis: si vero plebejus, eam æstimasset centum. Si comparetur æstimatio Senatoris cum æstimatione plebeji, profecto facta non est pro parte, pro qua quisque dominus est. Etenim Senator, & plebejus æquales partes habent in dominio servi: at vero æstimatio Senatoris non est æqualis æstimationi plebeji, sed decupla; nam quinquaginta decies repetita efficiunt quingenta: igitur non est eadem proportio æstimationum, & partium. Si vero comparetur æstimatio Senatoris ad totam injuriæ æstimationem, quæ Senatori deberetur, si totius servi dominus esset; certe ea facta non est pro majori parte, quam pro qua dominus est. Etenim sicut servi dominus est pro dimidia parte, ita æstimatio ab eo facta, est dimidia totius æstimationis. Tota æstimatio esset mille aureorum; facta est autem æstimatio quingentorum. Quam rationem habent mille aurei ad quingentos, eamdem habet totus servus ad dimidium.

4 His expositis ad rem revertamur. In *l. sed non esse 16. ff. de injur.* Paulus non comparat inter se utriusque domini æstimationes, nam de uno tantum loquitur: itaque comparat ejus æstimationem cum æstimatione injuriæ in solidum, quæ ab eo facienda esset, si totius dominus esset. Quapropter verissimum est, quod ait: non esse reum condemnandum pro majori parte, quam pro qua dominus est: nempe Senatori condemnandum in quingenta, non in mille: quia quingenta sunt dimidium mille: sicut dimidium servi ejus est. Contra Justinianus in §. *si communi Instit. tit. de injur.* non de uno tantum domino loquitur, sed de utroque, & comparat inter se utriusque æstimationes. Est igitur verissimum, quod æstimationes non sunt faciendæ pro parte, pro qua quisque dominus est: nam partes, quas quisque habet in servo, æquales sunt; æstimationes vero sunt valde inæquales; quoniam Senator quingenta consequitur, plebejus vero quinquaginta. Quod autem Justinianus comparet inter se utrumque dominum, & utriusque partes, & æstimationes, satis constat ex ipsius verbis. Ait enim: *Non pro ea parte, qua quisque dominus est*. Verbum illud *quisque* in ea loquendi formula est 5 aptissimum ad comparandum unum cum alio, & partem cum parte, & æstimationem cum æstimatione. Cicer. 3. *in Verr. Pro se quisque, ut in quoque erat auctoritatis plurimum, ad Populum loquebatur*. Nempe qui ceteris comparatus, illis præstabat auctoritate.

In hac explicatione non spero, me Janum futurum.

—— a tergo quem nulla ciconia pinsit,
Nec manus auriculas imitatur mobilis albas.

Videor enim, mihi audire quosdam petulanti splene cachinnones eam risu, & cachinnis excipientes, quibus, ut risu rumpantur, objiciam alterius legis explicationem, ex penitissimis Arithmeticæ præceptis depromptam.

6 Julianus in *l. si ita scriptum* 13. *ff. de liber. & post.* proponit hujusmodi institutionem. Si filius mihi natus fuerit, ex besse hæres æsto: ex reliqua parte uxor mea hæres esto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente hæres esto: ex reliqua parte uxor hæres esto. Et si filius & filia nati essent, dicendum est, assem distribuendum in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat. Vir doctus imprimis, & multis libris celebris, ideo duas partes uxori dandas putat, quia duplici respectu, & quasi duplex mater consideratur, natis & filio, & filia. Est id plane ridiculum. Constat, testatorem voluisse filium ex hæreditate consequi bis tanto pluris, quam uxorem: & uxorem bis tanto pluris, quam filiam: hæc enim est proportio bessis ad trientem, cum bessis trientem bis contineat. Itaque inveniendus erat numerus, qui dividi posset in tres numeros, datam rationem habentes, nempe bessis ad trientem, seu quam habent 2. ad 1. Solet dividi hæreditas in duodecim uncias, sed hic numerus non potest eo modo dividi, nec dupondium quidem aut tripondium. Quærendus erat alius numerus, nempe numerus minimus, qui datas partes haberet. Hujus numeri investigandi rationem docet Euclides *lib.* 7. *propos. ult.* si memini, eumque recte invenit Julianus. Divisa enim hæreditate in septem partes, consequimur id, quod volumus: nam hic numerus continet datas partes, nec eo minor potest reperiri; quoniam componitur ex his partibus 4. 2. 1. quæ inter se habent datam rationem, quælibet enim alterius est dupla. Quamobrem quatuor partes dandæ sunt filio, duæ uxori, una filiæ; ut filius altero tanto amplius habeat, quam uxor, & uxor altero tanto amplius, quam filia. *d. l. si ita scriptum* 13. *ff. de lib. & post.*

7 Finge aliud non dissimile testamentum. Si filius mihi natus erit, ex besse hæres esto: ex reliqua parte uxor mea hæres esto. Si filia nata erit, ex quadrante hæres esto, ex reliqua parte uxor hæres esto. Natis filio, & filia, dividenda erit hæreditas in decem partes, quarum sex filio, tres uxori, una filiæ danda erit. An hic Vir ille doctus dicet uxorem tamquam triplicem matrem esse considerandam? Infinitæ hujus generis institutiones fingi possunt. Nec difficilis erit divisio ex *d. propos. ult. lib.* 7. Euclid.

8 Quod si quis geometriam non calleat, id assequi poterit incipiendo ab unitate, quam filiæ adsignabit; postea partem adsignabit uxori secundum proportionem, quam voluit testator: ac denique adsignabit filio: & has omnes partes colligendo intelliget, in quot partes dividenda sit hæreditas.

CAPUT XXII.

Ad l. si vero 5. §. 1. ff. qui satisd. cog.

SUMMARIUM.

I. Quibus casibus recusari possit Fidejussor idoneus.
II. Ut aliquis sit idoneus fidejussor, requiruntur fides, & facultates.
III. Qui paupertatis arguit eum, qui pauper non est, injuriam facit ei; & qui debitorem appellat eum, qui non est.
IV. Pauperes non sunt idonei fidejussores; ideo idoneus opponitur inopi, locuples dicitur pro idoneo, & vicissim idoneus pro locuplete.
V. Est de essentia idonei fidejussoris, quod sit locuples.
VI. Inopiæ argui videtur fidejussor, qui tamquam non idoneus rejicitur: ideo injuria ei fit: sed si vult injuriarum agere, probare debet, se tamquam pauperem, aut fide indignum rejectum esse.
VII. Debitori non fit injuria, si rejiciatur idoneus fidejussor. Debitor oblato idoneo fidejussore liberatur ab onere dandi fidejussoris; si satisdatio sit necessaria.
VIII. Præstatione ejus, quod debetur, sollitur omnis obligatio.
IX. Si satisdatio sit voluntaria, debitori non fit injuria, si rejiciatur fidejussor idoneus.

X. Ne-

X. Nemo cogi potest ad contrabendum invitus, & unicuique liberum est contrabere, quibus conditionibus vult; nam unusquisque est rei suæ moderator & arbiter.

XI. Nemini injuriam facit, qui utitur jure suo.

XII. Creditor recusando fidejusforem idoneum injuriam non facit debitori, sed ipsum ducendo in jus.

Explicatur l. *si vero* 5. §. 5. ff. qui satisd. cog.

XIII. Creditor ex l. duodecim Tabularum *cogere poterat debitorem in jus ire, & si recusaret, poterat violenter ducere, etiam obtorto collo, sed antequam in eum manus injiceret, debebat antestari, hoc est testem aliquem appellare, cui memoriæ causa aurem tangebat.*

XIV. Ratio quare Magistratus in jus vocari non possint, & ii, quibus reverentia præstanda est, sine permissu Pratoris.

XV. Prætor cavit, ut in jus vocati irent, aut satisdarent, & vetuit, ne quis in jus vocatos vi eximat. Quoties quis disjunctim hoc, aut illud facere tenetur, alterutrum faciendo liberatur.

XVI. Vox quælibet *in* d. l. *si vero, significat gravem. Injuria tribus modis infertur; scilicet lædendo corpus, aut libertatem, aut existimationem; his autem omnibus modis injuriam facit, qui ducit in jus eum, qui dedit idoneum fidejussorem.*

XVII. Explicatur d. l. *si vero* §. 1. ff. qui satisd. cog.

QUoniam attigimus quædam de injuriis, antequam alio sermonem convertamus, de iis adhuc pauca quædam delibanda. Existimant Interpretes fere omnes, eum, qui rejicit fidejussorem idoneum sibi oblatum, injuriam facere tum ipsi fidejussori, quem rejicit; tum debitori, qui fidejussorem illum obtulit. Imposuit illis incautis Cajus *in l. si vero* 5. §. 1. *ff. qui satisd. cog.* Verba legis hæc sunt: *Qui pro rei qualitate evidentissime locupletem, vel (si dubitetur) approbatum fidejussorem judicio sistendi causa non acceperit; injuriarum actio adversus eum esse potest: quia sane non quælibet injuria est duci in jus eum, qui satis idoneum fidejussorem det. Sed & ipse fidejussor, qui non sit acceptus, tamquam de injuria sibi facta queri poterit.* Hanc legem explicare constituimus paulo accuratius.

1 Ac primum differamus de ipso fidejussore, qui rejectus est. Fit huic injuria, ut in fine hujus legis traditur a Jurisconsulto. Verissimum id est, non tamen semper. Multæ sunt causæ rejiciendi, ac reprobandi fidejussoris. Potest recusari fidejussor, si habeat fori præscriptionem. *l. si fidejussor.* 7. *in princ. ff. qui satisd. cogant.* Potest recusari, si non sit subjectus jurisdictioni illius Judicis, ad quem vocatus est reus. *l.* 1. *ff. si quis in jus. vocat.* Potest recusari, si gaudeat privilegio restitutionis, qua de causa minor probandus non est. *l. de die* 8. §. *qui mulierem. ff. qui satisd. cogant.* juncta *l. ait Prætor* §. *non solum ff. de minor.* Potest denique recusari, si non facile possit conveniri. *l.* 2. *in princ. ff. qui satisd. cogant.* Si quis his de causis recusaverit fidejussorem, non puto ei injuriam facere. Quid enim refert fidejussoris, his de causis non admitti ad satisdationem? Non læditur ejus existimatio, non ejus personæ inuritur ulla nota, si dicatur, eum tutum esse privilegio aliquo, &, ut ita dicam, vulgo exemptum: nisi quis dicat, minui ejus libertatem. Sed adeo morosi esse non debemus. Nec impeditur cujusquam libertas in iis, quæ pendent ab aliena voluntate, & id omne constitutum est, & inventum in utilitatem creditoris, non fidejussoris, qui non subit onus obligationis, si respuatur, & ideo commodum sentit.

2 Sunt alia duo, quæ requiruntur, ut aliquis sit idoneus fidejussor: fides, & facultates. Fidejussor dandus est locuples pro rei qualitate. *l.* 1. *ff. in jus vocat. ut eant.* Item dandus est homo fide dignus: idoneus enim non tam patrimonio, quam fide æstimatur. *l. si quis stipulatus* 112. *in fin. ff. de verb. oblig.* Si his de causis rejiciatur fidejussor, fit ei injuria, quia læditur ejus exi-

existimatio. Contumelia, infamiaque afficitur fidejussor, si rejiciatur tamquam subdolus, vafer, veterator: & ideo fit ei injuria. *l. item apud* 15. *§. generaliter ff. de injur. princ. tit. Instit. eod.* Si
3 vero tamquam pauper rejiciatur, item fit ei injuria; nam & qui paupertatis arguit eum, qui pauper non est, injuriam ei facit: *l. si creditores* 31. *ff. de reb. aut. jud. possid.* alias *de privileg. credit.* & qui debitorem appellat eum, qui debitor non est. *l. item apud* 15. *§. si quis non debitorem ff. de injur.* Et aliæ multæ occurrunt hujus generis injuriæ.

Et de hoc agi puto in nostra *l. si vero §. 1. ff. qui satisd. cogant.* Nam licet aliis quoque de causis possit rejici fidejussor, tamen eæ raro occurrunt, & sæpe earum ratio non habetur: hæc autem duo in fidejussore potissimum requiruntur. *d. l. si quis stipulatus ff. de V. O. & l. 1. ff. in jus vocat. ut eant.* Maxima vero habetur cura facultatum, fine quibus nemo est idoneus fidejussor.
4 Egeni enim non sunt idonei fidejussores: *l. 3. §. ult. ff. ut in possess. legat. l. si quo* 41. *in princ. ff. de petit. hæredit.* & idoneus opponitur inopi, *l. patri* 27. *§. ex hoc ff. de minor.* & ei, qui facultatibus lapsus est. *l. quod si* 8. *ff. de dol. mal. l. 1. §. si Magistratus ff. de Magistr. conven. l. etiam* 14. *ff. de admin. tut. l. 2. §. si eo ff. de admin. rer. ad civit. pertin.* Quapropter aliquando locuples dicitur pro idoneo, ut in *l. qui rem* 166. *ff. de reg. jur.* juncta *l. qui proprio §. qui alium ff. de procurat.* & in *l. 2. in princ. ff. qui satisd. cog. l. quos nos* 254. *§. 1. ff. de V. S.* Sæpissime autem idoneus significat locupletem, ut in *l. 2. §. idoneus ff. ad SC. Tertull. in l. aufertur* 46. *ff. de jure fisc. in l. qui sub conditione* 111. *ff. de cond. & demonstrat. l. si venditor* 14. *§. 1. ff. de in di. addict. l. 4. §. item ff. de appellat.* & passim in jure nostro; & quoties non exigitur fidejussor locuples, qualiscumque fidejussor admitti dicitur. *l. 1. ff. in jus voc. ut eant. l. 2. §. quod ait ff. qui satisd. cog.* Ex quibus constat, falsam es- 5
se sententiam eorum, qui putant, pauperem esse idoneum fidejussorem, dummodo sit probatæ spectatæque fidei. Nam de essentia idonei fidejussoris est, ut sit locuples pro rei qualitate, nempe ut habeat, unde solvat id, quod in fidejussione promittit. Neque enim alia de causa fidejussor accipitur, nisi, ut securum præstet creditorem; *l. 1. ff. qui satisd. cogant. princ. tit. Inst. de fidejussor.* & ut possit solvere, quod a principali debitore debetur, si ille facultatibus labatur. *§. ult. Inst. tit. de replic.* Itaque idoneus esse non potest, si hæc præstare non possit. Quamobrem Prætor edicto suo cavit, ut locuples fidejussor daretur. *l. 1. ff. in jus voc. ut eant.* Reliqua non expressit, quia cetera omnia sunt adminicula fidejussoris idonei: hoc unum est de substantia.

Cum igitur substantia idonei fidejus- 6
soris posita sit in facultatibus, & patrimonio; & idoneus dicatur is, qui locuples est; idcirco recte traditum est a Cajo in *nostra lege*, fieri injuriam fidejussori, qui recusatur: videtur enim inopiæ argui, qui rejicitur, tamquam non idoneus. Et de hoc agi *in d. l.* constat ex primis verbis: *qui pro rei qualitate evidentissime locupletem, vel (si dubitetur) approbatum, &c.* Ceterum si alia de causa rejiciatur, ut supra diximus, nulla erit actio injuriarum adversus rejicientem: itaque fidejussor, qui vult agere injuriarum, probare debet, se aut tamquam pauperem, aut tamquam fide indignum, rejectum fuisse.

Hactenus de fidejussore: modo dicen- 7
dum est de debitore. Huic vero nullam injuriam fieri contendo. Nam aut satisdatio necessaria est, aut voluntaria. Si necessaria, tenetur debitor solummodo dare idoneum fidejussorem, quo oblato liberatur ab onere dandi fidejussoris:

ris: satisfecit enim suæ obligationi: *l. 3. ff. de fidejuss. l. 3. §. ult. ff. ut in poss.*
8 *legat.* Præstatione enim ejus, quod debetur, omnis tollitur obligatio. *princ. tit. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Itaque nulla ei fit injuria, cum perinde liberetur, ac si fidejussor acceptus fuisset; nec cogi possit ad alium dandum.

9 Si vero satisdatio sit voluntaria, cujusmodi ea est, quæ exigi solet in contrahendo, non facit injuriam, qui respuit fidejussorem; quia potest dicere: Tecum non contraham, nisi alium fidejussorem dederis, aut nisi dederis hunc vel illum fidejussorem; neque cogi potest ad contrahendum invitus. l. *nec onere C. de jure delib. l. invitum C. de con-*
10 *trah. empt.* Et unicuique liberum est contrahere illis conditionibus, quibus voluerit: *l. Imperatores ff. de contr. empt.* cum unusquisque sit rei suæ moderator, & arbiter. *l. in re mandata C. mandat.* Itaque utitur jure suo, qui recusat cum aliquo contrahere, nisi alius fidejussor offeratur: nemini autem facit injuriam, qui jure suo utitur. *l. inju-*
11 *riarum* 13. §. 1. *& §. quæ jure potestatis. l. quod Reipublicæ* 33. *ff. de injur. l. & in omnibus C. de appellat. l. continet* 3. §. 1. *ff. quod met. caus. l. Gracchus* 4. *C. ad leg. Jul. de adulter.* Quamobrem ab aliis Interpretibus recte dissentit Hering. *de fidejuss. cap.* 6. & ait id, quod traditur *in d. l. si vero* §. 1. *ff. qui satisd. cogant.* speciale esse in satisdatione judicio sistendi: sed quia meo judicio rem non satis explicat, idcirco id uberius, & clarius explicabo.

12 Dico igitur, quod nec in aliis satisdationibus, nec in ipsa satisdatione judicio sistendi fit injuria debitori, recusando fidejussorem idoneum. Fit quidem injuria debitori in *nostra l. si vero* §. 1. *ff. qui satisd. cogant.* non tamen fit recusando fidejussorem idoneum oblatum a debitore; sed ducendo in jus ipsum debitorem. Satis evidenter id demonstrant verba legis: *Quia sane non quælibet injuria est duci in jus eum, qui satis idoneum fidejussorem det.* Duo sunt facta separata, atque sejuncta: recusatio fidejussoris, & ductio in judicium. Factum recusandi fidejussoris injuria afficit ipsum fidejussorem, non vero debitorem, ut supra ostendimus. Factum ducendi in jus afficit injuria ipsum debitorem. Itaque si creditor recusaverit fidejussorem, & non duxerit in jus debitorem, nullam ei injuriam faciet. Contra si non recusaverit fidejussorem, & nihilominus eum in jus duxerit, ei injuriam faciet, & quidem multo majorem. Hinc constat, quod, etsi verissimum sit, quod lex specialiter est intelligenda, quando tum ipsa, tum ejus ratio specialis est; tamen hoc solo fundamento inniti non debemus, quod etsi convelli posset, tamen subsisteret nostra sententia. Nam superiora verba legis non tam continent rationem, cur injuria fiat, quam demonstrant factum, unde injuria oriatur. Quapropter sublato illo facto, injuria quoque omnis aufeatur, necesse est.

Superest igitur, ut explicemus, cur injuria debitor afficiatur, si in jus ducatur, cum idoneum obtulerit fidejussorem. Sciendum autem est, quod olim creditor debitorem in jus vocabat, & cogebatur debitor statim in jus ire. Cornific. *ad Heren. Lege jus est id, quod Populi jussu sancitum est, quod genus, ut in jus eas, cum voceris.* Cic. *lib.* 2. *de legib. A parvis enim, Quinte, didicimus, si in jus vocet, atque eat, & ejusmodi alias leges nominare.* Ejusmodi erat lex duodecim Tabularum: *Si in jus vocet, atque eat:* hoc est, *si in jus vocet, statim eat.* Si debitor frustraretur, aut 13
fugeret, poterat creditor in eum violentas manus injicere, eumque vi ducere, trahere, rapere in jus, etiam obtorto collo, si reluctaretur. Constitutum id erat lege XII. Tabularum: *Si calvitur,* pe-

pedemve struit, *manum endo jacito*, hoc est, *si frustratur*, *aut refugit*, *manum injicito*. Quare nihil frequentius occurrit apud Comicos illis verbis : *in jus eas: in jus ambula: sequere ad tribunal.* Plin. in *Panegyr. ad Trajan. Dicitur Procuratori tuo: in jus veni: sequere ad tribunal.* Plaut. in *Aulul. Jam quidem ad Prætorem hercle te rapiam*, *& tibi scribam dicam*. Et in *Pœnul.*

Sed quid ego dubito fugere hinc in malam crucem,
Priusquam obtorto collo ad Prætorem trahor?

Et in *Rudent.*

—— *obsecro te*, *subveni mi Charmides*,
Rapior obtorto collo. ——

Verum ne injuriam facere videretur debitori, antequam in eum manus injiceret, a lege XII. Tab. jubebatur antestari, hoc est, testem aliquem appellare, cui memoriæ causa aurem tangebat. Plin. *l.* 11. *Cap.* 45. *Est in aure ima memoriæ locus*, *quem tangentes antestantur*. Plaut. in *Persa: Sed ego in jus voco. D. nonne antestaris? S. tuane ego causa*, *carnifex. cuiquam mortali libero aures atteram*. Horat. *Satyr.* 9.

—— *casu venit obvius illi*
Adversarius; *&*, *quo tu turpissime? magna*
Exclamat voce : *&*, *licet antestari? ego vero*
Oppono auriculam; *rapit in jus.* ——

14 Hinc intelligimus, cur vim inferre videatur, qui aliquem de domo sua in jus vocat; *l. plerique ff. de in jus voc.* & cur vocari non possint in jus illi, quibus reverentia præstanda est, sine permissu Prætoris; *l. generaliter ff. eod.* itemque prohibeantur in jus vocari Magistratus, qui imperium habent. *l.* 2. *ff. eod.* quod explicat Gell. *lib.* 13. *cap.* 13. *Neque vocari*, *neque si venire nollet*, *capi*, *atque prehendi salva ipsius Magistratus majestate posset*.

15 Prætor autem ut hoc jus mitigaret, edicto suo cavit, ut in jus vocati irent, aut satis, vel cautum darent, de quo *in tit. ff. in jus voc. ut eant*, *aut satis vel caut. dent.* Non vetuit Prætor rapi in jus eum, qui vocabatur. Imo aliud edictum proposuit, quo metu pœnæ compesceret eos, qui in jus vocatos vi eriperent : *l.* 1. *in princ. ff. ne quis eum qui in jus vocat. vi eximat.* eripere est de manibus auferre per raptum. *l. sed eximendi* 4. *ff. eod.* quare si punit eos, qui eximunt, aut auferunt in jus vocatos de manibus vocantis, utique permittit manus injicere in eos, qui in jus vocantur. Hoc tantum concessit Prætor in jus vocatis, ut si nollent rapi in jus, & in jus statim ire, satisdarent, & satisdatione ab hac molestia eundi in jus in præsens liberarentur. Igitur, qui idonee cavere paratus est, in jus duci non potest : quoties enim aliquis disjunctim hoc aut illud facere, & præstare tenetur, alterutrum faciendo liberatur. *§. si plures Inst. tit. de hæred. instit. l. si Titio* 16. *ff. de legat.* 2. *l. si quis ita* 129. *ff. de V. O. l. si unus* 27. *§. sed si stipulatus ff. de pact. l. stipulatus sum*, *Damam*. 105. *l. ubi autem §. qui illud l. eum qui certarum* 138. *§.* 1. *ff. de verb. oblig. l. & per jusjurandum §. si is qui hominem ff. de acceptil.*

En ratio nostræ legis. Qui ducit in jus eum, qui satis idoneum fidejussorem dedit, facit ei injuriam, quia eum in jus ducere non potest. Olim si antestatus fuisset, non faciebat ei injuriam, quia id lege permittente faciebat, & jure publico utebatur. *l. injuriam §.* 1. *ff. de injur.* hodie ex edicto Prætoris injuriam facit, si satisdare paratus est, quia per vim reum ducit eò, quò duci non potest. Et quidem non quamlibet injuriam facit, ut ait ibi Jurisconsultus: hoc est, non modicam, sed insignem, & gravem, *l. fluminum* 24. *§. idem ait ff. de damn. infect.* Plin. *lib.* 7. 16

cap. 28. *Bis ab Annibale captus, neque enim cum quolibet hoste res fuit*. Gravis autem, & insignis injuria est, quia plures injuriæ in unam cumulantur. Infertur in aliquem injuria tribus modis, lædendo aut ejus corpus, aut ejus libertatem, aut ejus existimationem: hisque omnibus modis injuriam facit, qui in jus ducit eum, quem ducere non potest. Lædit ejus corpus, quia in ipsum injicit manus violentas. *l.* 1. §. *injuriam ff. de injur.* Lædit ejus libertatem, quia eò ire cogit, quò non vult, & quò cogi jure non potest. *l. injuriarum* §. *ult. ff. eod. tit.* Lædit denique ejus existimationem, quia dat occasionem Populo existimandi, eum esse adeo pauperem ac deploratæ fidei, ut non possit reperire idoneum fidejussorem. Similes injuriæ proponuntur in *l. item apud Labeonem* 15. §. *item si quis* 32. & §. *seq. l. si creditor* 19. & *l. si injuria* 20. *ff. de injur.* §. 1. *Instit. eod. tit. l. si creditores* 31. *ff. de reb. aut. Jud. possid.* alias: *de privil. credit.* Præterea læditur ejus existimatio, quia hoc non fit sine contumelia & clamore, & vociferatione populi concurrentis. Horat. *Sat.* 9.

> —— *Rapit in jus, clamor utrinque,*
> *Undique concursus* ——

Quæ injuria speciali Prætoris animadversione digna fuit: *l. item apud* 15. §. *ait Prætor.* juncto §. *convicium autem* 17 & §. *fecisse ff. de injur.* ac proinde non levis injuria est, sed notabilis. *d. l. item apud* §. *hoc edictum*.

Non est igitur dubitandum, injuriam fieri debitori, ducendo eum in jus, non respuendo fidejussores. Quapropter caute Cajus in nostra *l. si vero* non absolute dixit injuriarum teneri, qui non accipit idoneos fidejussores judicio sistendi causa datos, sed dixit: *adversus eum injuriarum actio esse potest*. Potest esse actio injuriarum: videlicet, si eum nihilominus in jus duxerit. Si autem non duxerit in jus, nulla erit actio injuriarum. Ideo verbis illis subjecit Jurisconsultus; *quia non qualibet*, &c. ut ostenderet, quando sit actio injuriarum.

CAPUT XXIII.

Ad l. vulgaris 21. ff. de furt.

SUMMARIUM.

I. *Gallinarum, & columbarum furtum fit.*

II. *Explicatur.* §. Gallinarum Just. tit. de Rer. divis.

III. *Explicatur* d. §. Gallinarum & *Pomponius* l. 8. §. 1. ff. fam. etc.

IV. *Explicatur Auth.* seu *Nov.* ut omnes obediant *vers.* 69. *Cap.* 1. & *n.* 6.

V. *Pretium Columbarum, Gallinarum, & Turdorum quantum antiquitus esset. Gallinæ altiles legibus sumptuariis interdictæ erant.*

VI. *Verba:* parvum, exiguum, modicum, *relativa sunt; ideo Gallina est quid minimum, ut quis cogatur ire in aliam Provinciam ad eam persequendam; & furtum, de quo agitur in* l. 3. §. idem rescripsit ff. de Bon. eor. qui ant. sent. *licet modicum dicatur, in aliis casibus modicum non est, Explicatur* d. l. 3.

VII. *Exempla furtorum rei minimæ referuntur. inter quæ recensetur furtum Aquæ. Explicatur* l. Vulgaris 21. ff. de Furtis & n. seqq.

VIII. *Nummus pro re minima ponitur; cum decem nummi viginti quinque Asses contineant seu viginti caratia nostræ monetæ.*

IX. *Modius pro re minima ponitur, & quantum frumenti contineret. Explicatur* l. quidam 7. §. ult. ff. de Trit. Vin. & Olleg.

X. *Pretium, quo venibat antiquitus modius frumenti. Frumentum ab Ædilibus plebi distribuebatur quatuor assibus in modios, sæpe etiam duobus, ac non semel assibus: postea lege Clodii gratis dari cœpit. Molæ aquæ versatiles non erant apud Romanos, sed aut manu servorum, aut jumentis agitabantur. Medimnus sex modios continet.*

XI. *Sextarium frumenti de nave onerata auferens furtum facit sextarii. Modius sextarios sexdecim continebat.*

XII. *Amphora continebat urnas duas, sextarios quadraginta octo. Furtum sextarii vini proponitur, & quo pretio veniret.*

XIII. *Quadragenæ urnæ vini venibant nummis trecentis.*

XIV. Si

XIV. Si quis è cisterna Aquæ sextarium abstulerit, furtum committit.
XV. In quibusdam Regionibus aqua venundatur.
XVI. Furtum rei minimæ fiebat etiam apud Græcos.
XVII. Solonis leges etiam fimi fures puniebant; unde adagium βολίτου δίκη fimi judicium.
XVIII. Draconis leges etiam pomi, aut lactucæ furem capite puniebant.
XIX. Militibus apud Romanos rei minimæ furtum permittebatur, dummodo nummum argenteum excederet.
XX. Pro re minima furti actio datur.

SUbjiciamus aliquid de furtis. Rei minimæ furtum fieri fatentur fere omnes Interpretes, sed meo judicio omittunt ea argumenta, quibus id perspicue potest demonstrari. Probant hanc sententiam §. *Gallinarum Inst. tit. de rer. divis. & acquir. ear. dom.* ubi gallinarum
1 fit furtum; gallinam autem esse quid exiguum, tradit Justinianus Legislator noster *in auth. ut omnes obediant. vers. 69. cap.* 1. Item afferunt textum in *l. Pomponius* 8. §. 1. *ff. fam. ercisc.* ubi columbarum furtum fit.

2 Sed eludi facile potest vis horum argumentorum. Primum in §. *gallinarum* non quæritur de quantitate rei, cujus furtum fieri potest; sed de natura gallinarum, an sint mansuetæ, vel mansuefactæ, vel feræ, & ejusmodi, ut occupanti concedantur, an vero ejusmodi, ut earum furtum fiat. Ait Justinianus, natura sua ejusmodi esse, ut earum furtum fiat. Inde autem non consequitur fieri furtum rei minimæ. Ea est natura gallinarum, ut earum furtum fiat, dumne id impediat quantitas rei surreptæ. Ut enim ajunt in scholis, supponendi sunt semper termini habiles. Si gallina sit adeo modicæ æstimationis, ut ejus furtum non fiat, furtum quidem non committetur; non tamen quia furto repugnet natura gallinæ, sed quia repugnat modica quantitas: non quia gallina concedatur occupanti, sed quia tanti non est, ut furtum admittat.

Præterea miror, & hunc §. *& d. l.* 3
8. adduci ad hoc probandum. Etenim non unius gallinæ, aut columbæ furtum fieri dicitur, sed gallinarum, & columbarum; nempe tot, quot sufficiant ad constituendam rem non minimam.

Ad *auth. ut omnes*, &c. idem res- 4
ponderi posset, in ea supponi furtum gallinæ domesticæ, dummodo ea tanti fuerit, ut rem minimam excedat: non enim sancitur gallinæ furtum fieri, ut inde possimus arguere fieri furtum cujuscumque gallinæ, sed obiter gallinæ furtum nominatur, tamquam furtum rei exiguæ, non minimæ.

His addo gallinarum, & columba- 5
rum eum olim fuisse valorem, ut non semper minima res sint judicandæ. Pl. *lib.* 10. *cap.* 37. *L. Axius Eques Romanus ante bellum civile Pompejanum denariis quadringentis singula paria* (columbarum) *venditavit, ut M. Varro tradit*. Sunt quadraginta nostrorum scutorum. Varro de pullis earum *lib.* 3. *c.* 7. *Romæ si sunt formosi, bono colore, integri, boni seminis, paria singula vulgo veneunt ducenis nummis: nec non eximia singulis millibus nummum, quas nuper cum mercator tanti emere vellet a L. Axio Equite Romano, minoris quadringentis denariis daturum negavit*. Non mirum igitur, etiam columbarum furtum factum fuisse, cum vulgo venirent singula paria decem, aut viginti quinque scutis nostri temporis. Gallinarum quoque non modicum fuisse pretium existimo, maxime altilium, quæ legibus sumptuariis interdictæ erant. Plin. *lib.* 10. *cap.* 50. *Hoc primum antiquis cœnarum interdictis exceptum invenio, jam lege C. Fannii Cos.* XI. *annis ante tertium Punicum bellum, ne quid volucrum poneretur præter unam gallinam, quæ non esset altilis, quod deinde caput translatum per omnes leges ambulavit. Inven-*

tumque diverticulum est in fraudem earum gallinaceos quoque pascendi lacte madidis cibis : multo ita gratiores approbantur . Ecquis dubitet de his ? cum denariis ternis turdi venderentur , ut testatur Varro *de Re Rustica*, cujus verba non pigebit apponere , ut intelligant Nostri valorem avium apud Romanos: *Certe , inquit Merula , ibi vidi greges magnos Anserum , Gallinarum, Columbarum, Gruum, Pavonum , nec non Glirium , Piscium , Aprorum , ceteraque venationis , ex quibus rebus Scriba librarius ejus in annos singulos plus quinquaginta millium a Villa capere dicebat . Axio admirante : Certe nosti , inquit , Materteræ meæ fundum in Sabinis , qui est ad vicesimum quartum lapidem via Salaria , a Roma. Quid ni ? inquit . Atqui in hac Villa qui est ornithon , ex eo uno quinque millia scio venisse Turdorum denariis ternis. Sexaginta millia ea pars reddiderit eo anno Villæ , bis tantum, quam tuus fundus ducentorum jugerum Reate reddit. Quid sexaginta , inquit Axius ? Sexaginta, sexaginta, derides ? Sexaginta , inquam . Sed ut ad hunc bolum pervenias, opus erit tibi, aut Epulum, aut Triumphus alicujus , ut tunc fuit Scipionis Metelli , aut Collegiorum cœnæ, quæ nunc innumerabiles excandefaciunt annonam macelli . Reliquis annis omnibus & hanc expectabis summam: quotus enim quisque est annus, quo non videas Epulum, aut Triumphum, aut Collegia coepulari , quæ nunc innumerabiles intendunt annonam*. Plura non exscribo, sed videnda sunt cetera.

6 Nec obstat *text. in d. Nov. ut omnes 69. cap.* 1. ubi gallina domestica exiguum quid dicitur . Verba , *parvum*, *exiguum*, *modicum*, referuntur ad id, de quo agitur . In hac *Novella* sancit Justin. neminem in aliam Provinciam ire cogi, ut conveniat debitorem suum, sed posse eum in ea Provincia conveniri, in qua deliquit . Certe gallina , non solum quid exiguum est, sed minimum, ut hac de causa quis cogatur in aliam Provinciam ire ad eam persequendam. Quis in aliam Provinciam iret, ut tam tenuem mercedem acciperet ? Quare inter furta rei minimæ non recenseo furtum, de quo *in l.* 3. §. *idem rescripsit ff. de bon. eor. qui ante sent.* licet ibi reus modici furti nominetur. Nam cum ibi agatur de eo furto , propter quod reus esset condemnandus morte, vel deportatione, & bona ejus fisco essent vindicanda, omnia furta modica sunt, propter quæ ejusmodi pœna non irrogatur.

Exempla igitur furti minimæ rei petenda sunt ex *l. vulgaris* 21. *ff. de furt.* 7 Quam nostri aut omittunt, aut strictim attingunt, cum tamen hoc fere fundamento innitatur hæc sententia . Quapropter eam copiose explicare constituimus . Quatuor ibi referuntur exempla furtorum rei minimæ . Furtum facit, & furti se obstringit , tum qui aufert decem nummos: tum qui modium frumenti : tum qui sextarium: tum denique qui aquam . Et ne quid possit incidere dubitationis , proponitur frumentum ablatum de nave onerata , aut de horreo pleno, & aqua de cisterna.

Furtum decem nummorum satis modicum est. Decem nummi sunt viginti 8 quinque asses , seu viginti caratia nostræ monetæ . Nummus pro re nihili ponitur in *l. si quis 46. ff. locat.* Cicer. *pro Q. Rosc. Comœd. Hic tu si amplius sestertio nummo petisti , quam tibi debitum est, causam perdidisti* . Et *ad Attic. lib.* 5. *epist.* 21. *Rationes conferatis; assidunt: subducunt: ad nummum convenit:* Catullus autem , ut rem minima minorem significaret, *assem* dixit:

Rumoresque senum severiorum
Omnes unius æstimemus assis.

Et Martial.

Asse duos calices emit, & ipse tulit. 9

Alterum est furtum ejus, qui ex acervo frumenti modium sustulit. *d. l. vulga-*

garis 21. *in princ.* Modiis triticum admetiebantur, & hac menſura vendi, promitti, legari ſolebat. *l. quod ſæpe* §. *in his ff. de contr. empt. l. quod legatur ff. de judic. l. colonus* 61. §. *navem locat. l. ubi autem* 75. §. 1. *ff. de verb. oblig. l. ſi ita fidejuſſorem* 42. *ff. de fidejuſ.* & alibi paſſim. Quantum penderet hæc menſura, tradit accurate Plin. *lib.* 18. *cap.* 7. *Ex his generibus, quæ Romam invehuntur, leviſſimum eſt Gallicum, atque e Cherſoneſo advectum, quippe non excedunt in modium vicenas libras, ſi quis granum ipſum ponderet. Adjicit Sardum ſelibras, Alexandrinum & trientes: hoc & Siculi pondus. Bœoticum totam libram addit: Africum & dodrantes. In Tranſpadana Italiæ ſcio vicenas quinas libras farris modios pendere circa Cluſium, & Senam.* Modius igitur frumenti vicenas libras pendet, aut non multo plus. Quam modica res eſt! Hinc explicatur *l. quidam* 7. §. *ult. ff. de vin. trit. & ol. leg. Lucio Titio tritici modios centum, qui ſinguli pondo centum pendeant, hæres dato. Ofidius nihil legatum eſſe, quod & Labeo probat, quoniam ejuſmodi triticum in rerum natura non eſſet, quod verum puto.* Recte: nuſquam enim naſcitur triticum tanti ponderis.

10 Atque ut appareat, quam modica res ſit frumenti modius, dicendum eſt aliquid de ejus pretio. Pretium certum ſtatui non poteſt. Varium enim & pro fertilitate Regionis, & pro annonæ vilitate. Polyb. *lib.* 2. ubi de Gallia Ciſalpina: Σίτε τε γὰρ τοσαύτην ἀφθονίαν ὑπάρχειν συμβαίνει κατὰ τοὺς τόπους, ὥστ' ἐν τοῖς καθ' ἡμᾶς καιροῖς πολλάκις τεττάρων ὀβολῶν εἶναι τῶν πυρῶν τὸν Σικελικὸν μέδιμνον, τῶν δὲ κριθῶν δυοῖν. *Frumenti enim ea copia eſt in iis locis, ut perſæpe noſtris temporibus tritici medimnus Siculus veneat quatuor obolis, hordei vero duobus.* Medimnus ſex modios contipet. Itaque ibi frumenti modius non multo plus aſſe venibat. Hui rem minimam! Ex oratione Demoſthenis *in Phormion.* conſtat, ejus ævo medimnum frumenti quinque drachmis Athenis æſtimatum fuiſſe, itaque paucis aſſibus modius æſtimabatur. Quid in Sicilia? Cicer. in *Divin. in Q. Cæcil. Queritur Sicilia tota, C. Verrem ab aratoribus, cum frumentum ſibi in cellam imperaviſſet, & cum eſſet tritici modius ſeſtertiis duobus, pro frumento in modios ſingulos duodenos ſeſtertios exegiſſe.* Idem 3. *in Verr. Fuit autem te Prætore, ut tu in multis epiſtolis gloriaris, ſeſtertiis duobus.* Et infra: *Hoc reprehendo, quod cum in Sicilia ſeſtertiis duobus tritici modius eſſet, ut iſtius epiſtola ad te miſſa declarat: ſummum ſeſtertiis ternis ſcio eo anno magnam fuiſſe annonæ vilitatem.* Sed quam minima res eſt duo, aut tres ſeſtertii: hoc eſt, duo, aut tres nummi? Romæ quoque ſatis tenue frumenti pretium fuiſſe exiſtimo: nam cum olim ab Ædilibus plebi frumentum diſtribueretur quatuor aſſibus in modios, ſæpe etiam duobus, ac non ſemel etiam aſſibus, poſtea vero lege Clodii gratis dari cœperit, non poterat immodicum eſſe ejus pretium. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. *M. Varro auctor eſt, cum L. Metellus in triumpho plurimos duxit Elephantos, aſſibus ſingulis farris modios fuiſſe.* Tacit. *lib.* 15. *Annal.* de Nerone: *Subvectaque utenſilia ab Hoſtia, & propinquis Municipiis, pretiumque frumenti minutum uſque ad ternos nummos.* Plin. *lib.* 18. *cap.* 10. *Panes vero è modio ſimilaginis* 122. *è floris modio* 117. *Pretium huic annonæ media in modios farinæ quadraginta aſſes.* Antea dixerat: *Similago ex tritico fit: laudatiſſima ex Africo: juſtum eſt e modiis redire ſemodios, & pollinis ſextarios quinque: ita autem appellant in tritico, quod florem in ſiligine.* Si ex modio frumenti ſemodius ſimilaginis redit, ſumma redigetur ad viginti aſſes. Quod ſi ſubducamus operam farinæ in cerni-

culo decutiendæ, & impensam tritici in farinam molendi, pretium frumenti ad summam multo minorem redigemus. Neque enim puto, hos sumptus compensari posse cum ea parte, quæ superat secreta similagine. Etenim sumptum tritici molendi non modicum fuisse existimo, cum illi non uterentur molis aqua versatilibus, sed aut trusatiles essent molæ, manu servorum agitatæ, aut jumentariæ, & asinariæ, jumentorum labore circumactæ, ut satis notum est, & docemur in *l. dolia 26.* §. 1. *ff. de instr. vel instrum. leg.* Certe Martialis *lib.* 12. *epig.* 77. summam adeo minuit, ut fere ad nihilum redigat:

Amphora vigessit, modius datur ære quaterno.

Vides hic quatuor assibus tritici modium æstimari. Pone triticum infimæ notæ, pone summam annonæ vilitatem, vix tamen ad hanc summam descendes: nisi forte non de Roma, sed de alia Regione id est intelligendum. Nam Columella *lib.* 3. minimum pretium amphoræ vini esse ait quindecim nummorum, hoc est triginta septem assium cum semisse; hoc autem loco Martialis amphoram viginti assibus dari. Itaque aut de insolita ubertate anni loquitur; aut de alia Regione; aut poetice pretium minuit.

11 Sed jam ad tertium furtum progrediamur. Hoc vero minimo minus est. In *d. l. vulgaris* §. *Sed si de navi ff. de furt.* traditur eum, qui sextarium frumenti de navi onerata sustulerit, furtum sextarii facere, non totius frumenti: modius sextarios sexdecim continebat, ut nos docet Volusius Mæcianus in libro *de ponder.* & satis constat inter Eruditos. Divide jam in sexdecim partes pretium, quod modio frumenti tribuimus, quantula erit summula? Piget me rationem subducere: sed ut summum frumenti pretium statuas, vix tamen ad duos asses pervenies. Proponitur in eodem §. furtum ejus, qui vini sextarium abstulit. Sextarius enim, & aridorum, & liquidorum mensura communis est. Pretium ejus hoc modo assequemur. Amphora continebat urnas duas, sextarios quadraginta octo, ut docet Volus. Mæcian. Amphoræ sæpe fit mentio in Jure nostro, ut *in l.* 3. §. 1. *ff. de vin. trit. & ol. leg.* in *l. quod sæpe* §. *in his ff. de contr. empt. l.* 2. *C. de peric. & com. rei vend. l. quarumdam ff. de acquir. possess. l. inter stipulantem* §. *sacram ff. de V. O. l. ult.* §. *ult. ff. ad leg. Rhod. l. Vinaria* 206. *ff de V. S. & passim in tit. ff. de trit. vin. & ol. leg.* Quare urna continet sextarios 24. & quadragenæ urnæ continent sextarios 960. 12

13 Traditum est a Columella *l.* 3. quadragenas urnas, cum minimum est annonæ pretium, venire nummis trecentis; hoc est assibus 750. Igitur sextarii 960. veneunt assibus 750. Asses 750. sunt quadrantes 3000. Igitur sextarius vini subducta ratione tribus quadrantibus æstimatur. En furtum, quo vix minus potest excogitari.

14 Sed est adhuc furtum quoddam minus. Nam &, si quis ex cisterna aquæ sextarium abstulerit, furtum faciet. *d.* §. *sed si de navi*. Nihil vilius aqua: solet ea concedi sine ullo pretio etiam illis, qui nobis noti non sunt. Argute, ut solet, Plaut. in *Aulul.*

Tum aquam aufugisse dicito, si quis petet.

Et infra:

Aquam hercle plorat, cum lavat, profundere.

M. Tull. *lib.* 2. *de offic.* ut rem incredibilem dicat: *At ii, qui ab hostibus obsidentur, si emere aquæ sextarium mina cogerentur, hoc primo incredibile videri, omnesque mirari*. Non ignoro, quasdam 15 esse Regiones, ubi aqua emitur. Ulpian. in *l.* 1. *ff. de alim. legat. Si alimenta fuerint legata, dici potest etiam aquam legato inesse, si in ea Regione fuerint legata, ubi ve-*

renumdari aqua solet. Et in *l. Mela* §. *ult. ff. eod. Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, cum in ea Regione Africæ vel forte Ægypti, res agi proponebatur, ubi aqua venalis est*. Sed cum vini sextarium tribus quadrantibus æstimaverimus, quanti erit æstimandus aquæ sextarius? Quid si hoc intelligamus de ea Regione, ubi aqua non emitur? Elegans est hae de re Martialis Epigramma 47. *lib. 6.*

> *Exsolvit votis hac se tibi virgine porca*
> *Marcus, furtivam qui bibit æger aquam.*
> *Tu contenta meo jam crimine gaudia fontis.*
> *Da secura tui: sit mihi sana sitis.*

16 Videor, mihi satis perspicue probasse, etiam rei minimæ furtum fieri. Neque hoc mirum cuiquam videatur, cum & apud Græcos, quorum leges, & instituta Romani sunt imitati, rei minimæ furtum fieret. Liban. in paradigmate loci communis in proditorem: τὰς ἐπὶ πέντε δραχμαῖς κλοπὰς κολάζετε. Convi-
17ctos furti quinque drachmarum punitis. Solonis enim leges etiam fimi fures puniebant: unde apud Græcos usurpatum est adagii loco βολίτου δίκη, *fimi judicium*, in eos dictum; qui rei minimæ judicium, ac pœnam sustinent; ut traditum est a Scholiaste *Aristophanis in Equit.* & a Suida, & in Vaticana ap-
18pendice *centur.* 1. *Prover.* 24. Draconis autem leges etiam pomi, aut lactucæ furem capite puniebant, ut sciunt omnes Plutarch. *in vita Solonis*, & Gell. *lib.* 11. *cap.* 18.

19 Hoc tantum monendum superest, quod quamvis apud Romanos severissima esset disciplina militaris; tamen rei minimæ furtum militibus permittebatur, dumne excederet nummum argenteum. Gell. *lib.* 16. *cap.* 4. *Cum delectus antiquitus fieret, & milites scriberentur, in jusjurandum eos Tribunus Militaris adigebat in verba hæc. In Magistratu C. Lælii C. filii Cos. L. Cornelii P. filii Cos. in exercitu, decemque millia passuum prope, furtum non facies dolo malo solus, neque cum pluribus, pluris nummi argentei in dies singulos*. Puto id constitutum propter atrocitatem pœnæ, quæ his irrogabatur. Polyb. ξυλοκοπεῖται δὲ καὶ ὁ κλέψας τι τῶν ἐκ τοῦ στρατοπέδου, *Fuste percutitur & is, qui furto aliquid è Castris abstulit*. Suet. *in Tiber. cap.* 60. *Is militem prætorianum ob surreptum e viridario pavonem capite punivit*. Et Spartianus testatur, Pescennium Nigrum ob unius gallinacei direptionem decem commanipulones, qui raptum ab uno comederant, securi percuti jussisse.

Illud ad explicationem nostræ legis subjiciendum est: quod harum rerum minimarum non solum furtum fit; sed etiam furti tenetur, qui abstulit. In nostra *l. in princ.* ibi *in tantum eos furti actione* 20
teneri, quantum abstulerint. & in §. 1. *teneri furti, decem nomine placet*. Et in hac lege passim agitur de actione furti: & promiscue dicitur *furtum fieri*, & *furti actionem esse*: ut in *princ. legis*. & in §. *item si quis* & in §. *si duo*.

CAPUT XXIV.

Ad l. si ita fidejussorem 42. ff. de fidejussor.

SUMMARIUM.

I. Fidejussor in majorem summam accipi non potest.

II. Modius frumenti in summa annonæ caritate quindecim sestertiis in Sicilia æstimatus fuit.

III. Fidejussor in minorem summam, & in leviorem causam accipi potest.

IV. Quoties nominantur decem, centum, *solet significari* decem millia HS, centum millia *& proinde efferri solent neutro genere.*

V. Quando summam aliquam aureorum significare volunt Jurisconsulti, exprimunt aureos, aut solidos.

IV. Fi-

VI. Fidejussor in aliam obligationem accipi non potest, & quando in aliam obligationem accipi dicatur?

VII. Centenarius libertus quis dicatur, & an Tribonianus in hac re deceptus sit? aureus continet centum sestertios.

VIII. Emendatur l. Mævia 48. ff. sol. matrim. *sestertium continet mille sestertios.*

IX. Emendatur l. Pater 38. §. Fideicommissis ff. de legat. 3. *Scævola floruit sub M. Antonino; Paulus sub Alexandro, & Scævola Præceptore utebatur in Jure respondendo. Aureus quando solidi nomen acceperit & n. 20. Tremisses cudi jussit Alexander, qui tertiam partem aurei continebant.*

X. Aurei appellati sunt solidi etiam ante Alexandrum, quod multis exemplis probatur.

XI. Emendatur l. Ofidius 97. ff. de legat. 3. & l. Tantum 88. ff. de V. S. *Veteres utebantur adverbiis numeralibus, & subintelligebatur* centena millia, *adeo ut* decies sestertium *significaret decies centena millia sestertium, & his adverbiis tamquam nominibus utebantur.*

XII. Ostenditur, quod adverbium illud centies in d. l. Ofidius & d. l. Tantum *non potest significare centum aureos, nec centies centena millia aureorum.*

XIII. Emendatur l. Cum hæres 4. §. 1. ff. de statulib. *& explicatur & n. 14.*

XIV. Latinus libertus fiebat olim, qui manumittebatur pendente conditione, sub qua ei jam data erat libertas, non autem Civis Romanus fiebat. Explicatur l. Ultima ff. de Manum. testam.

XV. Deportati quia Civitatem amittunt, dicuntur libertatem amittere. Explicatur l. Cognitionum 3. §. ult. ff. de extraord. Cognit.

QUæ de frumenti pretio disputavimus, nobis facem præferunt interpretationi *l. si ita 42. ff. de fidejuss. Si ita fidejussorem accepero: quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor, quia in aliam rem, quam quæ credita est, fidejussor obligari non potest: quia non ut æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest; ita pecunia quoque merce æstimanda est.* Æstimantur in hac lege mille modii frumenti decem. Non tamen adjicitur, an sint decem aurei, an vero decem sestertia, hoc est decem millia sestertium. Si decem aureis æstimentur mille modii frumenti, singulorum valor erit unius nummi: si vero decem millibus HS. erit decem nummorum.

Existimo in hac lege eum, qui fidejussorem accipit, decem millia credidisse: non decem aureos: primum, quia fidejussor in majorem summam accipi non potest §. *fidejussores Inst. tit. de fidejuss. l. Græce* 8. §. *illud ff. & l. hi qui* 34. *ff. de fidejussor*. Itaque maxime verendum esset, ne fidejussor acceptus esset in duriorem causam, si frumentum tam modico pretio fuisset æstimatum. Pluris enim Romæ fuisse supra demonstravimus. Et tamen Jurisconsultus in hac lege de re non curat. Decem autem nummi in singulos modios videntur convenire justæ æstimationi, cum in summa annonæ caritate quindecim sestertiis in Sicilia æstimatum fuisse testetur Cicero 3. *in Verr.* præsertim quia nihil impedit, fidejussorem in minorem summam, & in leviorem causam accipi. *dd. ll.* Itaque curandum potius est, ut de summa a reo principali detraheretur aliquid, quam adderetur. Quare in fidejussione non fuit dictum: *pro ea pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes?* sed, *de ea pecunia*, ut demonstretur, pecuniam excedere æstimationem tritici, & fidejussorem potius in partem accipi, quam in majorem summam.

Præterea quoties in jure nostro *Decem*, *centum*, &c. nominantur, solet significari *decem millia HS. centum millia*, &c. ut interdum adjicitur. *l. illa stipulatio 67. ff. de V. O. l. duo societatem 71. ff. pro soc.* Quapropter solent hæc neutro genere efferri, ut in *l. lecta ff. de reb. cred. l. obligationum fere* §. *si ita ff. de obligat. & act. l. ait Prætor* §. *per hanc ff. quæ in fraud. cred. l. Si ita stipulatus 126. in princ. ff. de V. O. l. liberto 21. ff. de an. leg. l. Aurelius* §. cen-

centum & §. quidam. l. legavi 25. *ff. de*
liber. leg. l. qui testamento ff. de probat.
l. talis scriptura §. quid si forte ff. de le-
gat. 1. *l. si cum præfinitione ff. quando d.*
leg. ced. l. Publius in princip. ff. de cond.
& demonstr. l. fidejussores Magistratum §.
1. *ff. de fidejus. l. ult. C. de his quæ sub*
5 *mod.* Quando autem summam aliquam
aureorum exprimere volunt, aut id ip-
sum exprimunt: *decem aureos*, *decem so-*
lidos, ut *in l.* 1. *§. si cui ff. de extr. co-*
gn. in l. nonnulli 10. *ff. de accusat.* aut
id indicant aliqua adjectione, unde co-
gnosci possit, eos loqui de aureis, ut in
l. libertis 18. *in princ. ff. de alim. leg.*
menstruos decem, *menstruos septem*, *an-*
nuos denos. Cum autem simpliciter ef-
feruntur, de sestertiis, non de aureis
sunt intelligenda, ut constat ex *l. liber-*
to 26. *ff. de bon. libert. & ex l. Si li-*
bertus 16. *ff. de jure patron.* juncto §.
postea vero Instit. tit. de success. libert.
6 Igitur denis nummis in hac *lege* tritici
ci modius æstimatur, aut minus, si for-
te pro parte fidejussor intercessit. Non
tamen valet fidejussio: quia in aliam
obligationem fidejussor accipi non po-
test. In aliam obligationem accipi dici-
tur fidejussor, quoties ex sua promissio-
ne debiturus est aliquid, quod non de-
bet reus principalis. Exempla peti pos-
sunt *ex l. Græce* 8. *§. si quis Stichum in*
fin. & ex l. si Stichum 38. *ff. de fidejuss.*
7 Nec sine causa id admonere volui-
mus: nam hujus rei ignoratione multi
errores in Jus nostrum irrepserunt. Non
ausim dicere, hac in re deceptum fuisse
Tribonianum, qui centenarium libertum
statuit eum esse, qui centum aureos ha-
bet in bonis, legem Papiam interpre-
tans in *§. sed nostra Inst. tit. de success.*
libert. cum certum sit, centenarium fuis-
se libertum, qui centum millia in bo-
nis habebat, *§. postea. eod. tit. l. liberto*
26. *ff. de bon. libert. l. si libertus* 16. *ff.*
de jure patron. Centum millia sestertium
efficiunt summam mille aureorum, non
centum, cum aureus contineat centum
sestertios, non mille. Sed dicendum est,
accisis Imperii opibus, & privatorum
facultatibus in dies decrescentibus, a Ju-
stiniano summam fuisse diminutam.
Idem est errror in *l. Mævia* 48. *ff.* 8
solut. matrim. quem si Triboniano tri-
buere nolumus, Librariis tribuere ne-
cesse est. *Mævia marito suo inter alias*
res dotis, *etiam instrumentum solidorum*
decem tradidit, *quo Otacilius eidem Mæ-*
viæ caverat, *daturum se*, *cum nuptum*
ire cœpisset, *decem millia*. Hic quoque
decem millia æstimantur decem solidis,
seu decem aureis, cum contineant cen-
tum aureos. Itaque perperam adjectum
est verbum illud, *solidorum*: quod for-
tasse ab aliquo imperito additum est,
qui deceptus est nota, qua sestertii de-
scribuntur, quæ est hujusmodi: *H. S.*
Si quis hoc modo legat: *Mævia mari-*
to suo inter alias res dotis etiam instru-
mentum sestertiorum decem tradidit, cer-
te constabit sententia: nam sestertium
continet mille sestertios; ac proinde de-
cem sestertia continent decem millia se-
stertium. Simile est illud Juvenalis,
Satyr. 4.

——— *mullum sex milibus emit*
Æquantem sane paribus sestertia li-
bris.

Mullus erat sex librarum: sex millia
sestertium sunt sex sestertia; itaque se-
stertia libris æquabat. Quamvis autem
a Veteribus Auctoribus sestertium neu-
tro genere non dicatur, præterquam a
Poetis, tamen in posterioris ævi Scri-
ptoribus id a me non semel observatum
memini.
Idem est error in *l. Pater* 38. *§. fi-* 9
deicommisit ff. de legat. 3. *Fideicommisit*
ei, *cui duo millia legavit*, *in hæc verba:*
a te Petroni peto, *uti ea duo millia so-*
lidorum reddas Collegio cujusdam Templi.
Non dubito, Scævolam scripsisse: *uti ea*
duo millia H. S. Etenim Scævolæ tem-
poribus aureus adhuc solidi nomen non

acceperat. Floruit Scævola sub M. Antonino, ut refert in hujus vita Capitolinus: hoc est, ante Alexandrum Imperatorem. Quare Paulus, qui floruit imperante Alexandro, ejusque Consiliarius fuit, in Scævolam notas scripsit, eumque semper appellabat Scævolam nostrum, quia eo Auctore ac Præceptore utebatur in Jure respondendo, ut optime animadvertit doctissimus Cujacius. *l. si unus §. si unus ff. de pact. l. 6. ff. de reb. auct. Jud. l. atqui* 19. *§.* 1. *ff. de negot. gest. l. Nesennius ff. de excus. tutor. l. qui plures* 38. *§. ult. ff. de vulgar. & pupil. subst. l. quod si minor §. Scævola ff. de minor. l. qui Stichum §. ult. ff. de jure dot.* Solidi autem videntur appellati eo tempore, quo Alexander tremisses cudi jussit, ut existimat doctissimus Budæus: quia tunc dicti sunt solidi, hoc est integri aurei, cum tremisses tertiam aurei partem continerent. Narrat hæc Lamprid. *in vit. Alex.* Verba ejus, a Viro incomparabili emendata, sunt hæc. *Vectigalia publica in id contraxit, ut qui decem aureos sub Heliogabalo præstiterant, tertiam partem aurei præstarent, hoc est, trigesimam partem. Tuncque primum tremisses aureorum formati sunt, cum ad tertiam partem aurei vectigal desedisset: dicente Alexandro etiam quartarios futuros, quod minus non posset. Quos quidem quartarios jam formatos in moneta detinuit, expectans, ut si vectigal contrahere potuisset, & eosdem ederet: sed cum non potuisset per publicas necessitates, conflari eos jussit, & tremisses tantum, solidosque formari.*

10 Sed vereor, ut defendi possit hæc sententia, cum etiam multo ante Alexandrum aureos appellatos fuisse solidos, reperiam. In Edicto Ædilium Curulium solidi nominantur. *l. qua vulgo* 42. *ff. de Ædilit. Edict.* In Edicto Prætoris itidem solidos nominatos reperimus. *l. si vero* 5. *§. Prætor ait ff. de his qui effud. vel dejec.* Item in Rescripto Imperatorum Severi & Antonini *l. Imperatores* 34. *ff. de jure fisc.* Quæ omnia prodierunt, & scripta sunt multo ante Alexandrum: quod a Budæo aliisque doctissimis Viris non fuisse observatum, sane mirandum est, præsertim cum Budæus hanc sententiam confirmet etiam in *annot. ad Pand. in l. qua vulgo ff. de Ædil. Edict.* Neque probabile est, has leges a Triboniano emendatas fuisse. Quid enim causæ esse potuit? cum etiam Justiniani tempore aureorum nomen esset in usu, *§. sed nostra Instit. tit. de success. libert. §. item is Inst. tit. de oblig. quæ ex quasi delict.* & tot aliis in legibus aureorum nomen sit relictum, *ut in l.* 2. *ff. in jus voc. ut eant. l. penult. ff. de in jus voc. l. Si quis* 7. *in princ. ff. de jurisd. in l. Papinianus* 8. *in fin. & l. seq. ff. de inoff. testam. l. lege Cornelia* 25. *in princ. ff. ad SC. Silanian. l. un. §.* 1. *ff. ad leg. Jul. amb. l. Si creditor* 37. *§.* 1. *ff. de pecul. l.* 1. *§. Si cui ff. de extraord. cognit. l. nonnulli* 10. *ff. de accusat.* & alibi. Igitur defendi potest vulgata lectio *in d. l. pater* 38. *§. fideicommisit ff. de legat.* 3. quæ defendi non posset, si probaremus communem doctissimorum Hominum sententiam, existimantium, ante Alexandri tempora solidi nomen in usu non fuisse. Sed puto, nihilominus legendum: *duo millia HS.*

Sunt aliæ duæ leges, quæ eadem indigent emendatione. In *l. Ofilius* 97. *ff. de legat.* 3. *Imperator interrogavit partem legatarii, quærendi causa pone (inquit) in condito centies aureorum esse, quæ in usum sumi solerent: diceres totum, quod esset in arca, relictum deberi?* In *l. tantum* 88. *ff. de verb. sign. Tantum quisque pecuniæ relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest. Sic dicimus centies aureorum habere, qui tantum in prædiis, ceterisque similibus rebus habeat.* In utraque lege expungendum puto verbum, *aureorum*. Nemo nescit, Veteres his adverbiis numeralibus usos fuisse 11

se ad describendam summam sestertium, & subintelligi, centena millia. Itaque decies, vicies, centies sestertium, significat *decies centena millia sestertium*, *vicies centena millia sestertium*, *centies centena millia sestertium*. Idem dicendum de reliquis. Etsi autem Veteres solerent addere *sestertium*, aut *sestertio*, tamen id aliquando omittebant. Cic. *pro Sex. Rosc. Hæc bona sexagies, emuntur duobus millibus nummum*. Similis omnino loquendi forma ei, qua utitur JC. in *l. tantum* 88. *ff. de V. S.* Idem Cic. *in orat. in Verr.* de frum. *Sic per triennium ad hanc frumenti emptionem centies & tricies erogatum est*. Liv. *lib.* 8. *Potius quadragies, quam ducenties litem æstimatum*. Contra centies aureorum apud probatos Auctores nusquam legisse me memini. Est quidem apud Martial. *lib.* 4. *epigr.* 37. versus, quo videtur defendi posse hæc dictio:

Ex insulis, fundisque tricies solidum.

Solidus autem, & aureus idem est, ut norunt omnes. Sed aliud significat Martialis, non tricies solidum, sed solidum, hoc est integrum tricies; hoc enim adverbio utebantur, tamquam nomine. Idem Mart. *lib.* 1. *ep.* 79. *ad Calen.*

Non plenum modo vicies habebas.

Et alibi.

Dederas, Apici, bis trecenties ventri,
Sed adhuc supererat centies tibi laxum.

Cornel. Nepos *in vita Attici: Tantaque fuit moderatione, ut neque in sestertium vicies, quod a patre acceperat, parum se splendide gesserit, neque in sestertium centies affluentius vixerit*. Alia exempla passim occurrent legentibus Latinos Auctores: nos hæc tria selegimus, quæ ad rem nostram visa sunt maxime accommodata.

12 Quod si quis in adductis legibus putet agi de aureis, non video, quo pacto eas possimus interpretari. Si dicas centies aureorum significare centum aureos, absurda est, & non Latina locutio. Præterea non convenit *l. Ofidius* 97. *ff. de legat.* 3. in qua Imperator magnam quamdam summam exprimere voluit, ut ostenderet, consentaneum non esse eam legato contineri. At centum aurei modica summa sunt. Non convenit etiam alteri legi. Quomodo enim in prædiis ceterisque similibus rebus haberi possunt centum aurei? Exiguus agellus est, aut hortus, cujus æstimatio non excedat hanc summam. Si vero dicas, centies aureorum significare centies centena millia aureorum, infinita plane summa est. Efficit enim viginti quinque milliones nostrorum scutorum. Quamobrem neque hæc summa convenit nostris legibus. Quis hanc summam in arca habet, ut in suum usum consumat, ut in *d. l. Ofidius*? Ex cujus bonis tanta pecuniæ summa refici potest, ut in *d. l. tantum*? Et ut fuerit olim aliquis, qui tantum haberet in bonis; tamen, cum ait JC. *Sic dicimus centies aureorum habere*, &c. ostendit, id non esse insolitum, nec infrequens. Denique animadversione digna sunt illa verba: *Sic dicimus centies*, &c. ex quibus constat, ibi Jurisconsultum loqui juxta communem consuetudinem. Atqui communi loquendi consuetudine non centies aureorum, sed *centies sestertium* aut *centies* absolute dicebatur. Possem id sexcentis exemplis probare, sed ea trita sunt ac pervulgata, & unicuique obvia. Qui desiderat exempla Juris nostri, adeat *l. avia* 77. §. *ult. ff. de cond. & demonstr. l. cum de in rem verso* §. 1. *ff. de usur. l. cum hæres* 4. §. 1. *ff. de statu liber.*

Quoniam autem aliud agentes inci- 13
dimus in *l. cum hæres* 4. §. 1. *ff. de statu liber.* monendum est, a quibusdam ibi legi *mille*, ab aliis *decem millia*. Utraque lectio falsa est. Recte datur

libertas sub hac conditione, si decem millia dederit. Ulpian. *in fragm. tit. de statu liber.* Neque enim immodica summa est. Item recte datur sub conditione, si mille dederit. Nam si mille aureos intelligas, mediocris summa est; si mille nummos, etiam parva. Igitur legendum est *millies*: hoc est millies centena millia sestertium: efficiunt autem summam 2500000. nostrorum scutorum. Hanc summam neque servus conficere potest, neque quemquam in-

14 venire, qui pro se solvat hæredi. Quamobrem videtur adjecta conditio animo impediendæ libertatis, non dandæ: ac propterea cum desit animus dandæ libertatis, inutile est legatum. Impediretur autem libertas, si valeret legatum, quia si ab alio manumitteretur, non fieret Civis Romanus, sed libertus Latinus. *l. un. §. sed etsi sub condit. 7. C. de Latin. libert. toll.* Itaque domini, ne servi sui possent umquam ad justam libertatem, & Civitatem Romanam pervenire, eos sub conditione pene impossibili, aut quæ in vita impleri non posset, manumittebant. Pompon. in *l. ult. ff. de manum. testam. Scio quosdam efficere volentes, ne servi sui umquam ad libertatem perveniant, hactenus scribere solitos: Stichus, cum morietur, liber esto.* Obiter notanda sunt in hac lege verba illa: *ne umquam ad libertatem perveniant;* & in *l. 4. §. 1. ff. de statu lib. quia nec animus dandæ libertatis est.* Perveniebant quidem ad libertatem, si ab alio manumitterentur, sed quia non consequebantur jure Civium Romanorum, non dicebantur pervenire ad li-

15 bertatem. Sic Callistratus in *l. cognitionum 5. §. ult. ff. de extraord. cognit.* dixit deportatis adimi libertatem: non alia certe de causa, quam quod omittunt jura Civium Romanorum, qui textus torsit, & torquet ingenia omnium Interpretum. Hoc autem obiter monuisse sufficiat.

CAPUT XXV.

Ad §. Pœna furti Inst. tit. de obligat. quæ ex delict.

SUMMARIUM.

I. Pœna dupli in fures non manifestos desumpta ex Lege Solonis.

II. In duplum condemnabatur fur ex lege Solonis, si dominus rem furtivam recepisset, sin minus, in decuplum; quod si supra quadraginta drachmas furto quis abstulisset, capite puniebatur.

III. Nocturnum furem, deprehensum in furto, XII. Tabulæ occidi permittebant, quod ex lege Solonis desumptum erat.

IV. Fures manifesti, si telo se defenderent, interfici poterant ex lege XII. Tabularum; servi autem, fures manifesti, e saxo præcipitari poterant, & quomodo reliqui fures manifesti punirentur.

V. Fures manifesti, qui addicebantur ei, cui furtum fecerant, proprie servi non vocabantur, sed nexi.

VI. Solutione ejus, quod debebant, libertatem consequebantur debitores nexi, non fures manifesti, qui in pœnam addicti erant.

VII. Pœna addicendi fures manifestos ætate Quintiliani non erat amplius in usu.

VIII. Fures manifesti multis verberibus puniebantur apud Lacedemonios, nulla vero pœna irrogabatur furibus non manifestis; apud Athenienses vero, nullum discrimen erat inter manifestos, & non manifestos.

IX. Prætor pœnæ furum manifestorum subrogavit quadruplum. Prætor abrogare legem non poterat.

X. Anno Urbis 429. sublata est lex XII. Tabularum, qua a Judice condemnati addicebantur creditori, sed excepti sunt qui noxam meruerunt & n. 15.

XI. Solon legem Sisachthiæ tulit, qua liberabantur ab obligatione omnes debitores, & cavebatur, ne quis in posterum super corpus debitoris mutuaretur.

XII. Eadem lex erat apud Ægyptios, apud quos, ne usuræ duplum sortis excederent, sancitum erat.

XIII. Apud Athenienses, si judicatus non solvisset decreto Magistratus, pignora capiebantur, & creditor mittebatur in possessionem bonorum debitoris, quod & Romani imitati sunt; at si debitor non haberet unde solveret, creditor ei circumscribebat locum, unde

egredi non poterat, antequam solvisset; aut in carcerem conjiciebat.

XIV. *Catonis tempore an inventa esset quadrupli pœna in fures manifestos. & n. 17.*

XV. *Anno ab Urbe condita 259. sancitum est, ne quis Civem Romanum vinctum, aut clausum teneret, & ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret; postea vero legibus duodecim Tabularum jus nectendi debitores confirmatum est.*

XVI. *Etiam in Provinciis debitores addicebantur creditoribus.*

1 DEcemviri in XII. *Tabulis* pœnam dupli sanxerunt in fures non manifestos. Transtulerunt hanc pœnam in XII. *Tabulas* ex legibus Solonis, qui, ut refert Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. *sua lege in fures, non, ut Draco antea, mortis, sed dupli pœna vindicandum existimavit*. Hermogen. in *partit. sect.* 4. Νόμυ κελεύοντος τὸν μὲν ἱερόσυλον τεθνάναι, τὸν δὲ κλέπτην διπλᾶ διδόναι. *Jubente lege sacrilegum interfici, furem vero duplum reddere*. In duplum tamen fur condem-
2 nabatur, si dominus rem furtivam recepisset; sin minus, in decuplum: ut testatur Demosthenes in *Timocratem*. Quod si supra quinquaginta drachmas furto quis abstulisset, capite puniebatur, teste eodem Demosthene in laudata *Oratione*. Quo referendam esse arbitror *quæst.* 16. *sect.* 29. *Prob. Aristot.*

3 Multo graviori pœna affecerunt Decemviri tum nocturnos fures, tum fures manifestos. Nocturnum furem, in furto deprehensum, occidi permiserunt, ut testatur Gell. *ibid.* Et hoc desumptum a Solonis lege, quam laudat Demosthenes in eadem *Oratione*.

4 Fures quoque manifestos, si telo se defendissent, interfici permiserunt. Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari, addicique jusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent, neque se telo defendissent. Servos item, furti manifesti prehensos, verberibus affici, & e saxo præcipitari; sed pueros impuberes Prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri. Hæc Gellius loco laudato. *Et lib.* 20. *cap.* 1. *Nisi duram esse legem putas, quæ furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit.*

Non tamen erat hæc vera servitus, 5
nec servi proprie vocabantur, sed *nexi*. Varro *de Lingua Latin. lib.* 6. *Liber, qui suas operas in servitute pro pecunia, quam debeat, dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab ære obæratus*. Erat igitur in servitute potius, quam servus. Quintil. *lib.* 5. *Inst. orat. cap.* 10. *Aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quæstio solet. Qui servus est, si manumittatur, fit libertinus: non idem addictus*. Et *lib.* 7. *cap.* 3. *Servus cum manumittitur, fit libertinus: addictus recepta libertate est ingenuus. Servus invito domino libertatem non consequitur. Addictus solvendo, citra voluntatem domini consequitur. Ad servum nulla lex pertinet: addictus legem habet. Propria liberi, quæ nemo habet, nisi liber, prænomen, nomen, cognomen, tribum, habet hic addictus*. Non poterat explicatius 6
nobis demonstrare conditionem addictorum; & quantum differant a servis, ostendere. Illud tamen, quod de consequenda libertate per solutionem ejus, quod debetur, affirmat; tantummodo ad debitores nexos pertinere, arbitror, non ad fures manifestos, qui pecuniam non debebant, sed pœnam furti corporalem; & ideo non poterant solutione pecuniæ liberari citra voluntatem domini. Nec ad fures ea verba referri commode pos- 7
sunt: quia ætate Quintiliani non erat amplius in usu ejusmodi pœna furti.

Sed unde hæc inter furta manifesta, 8
& non manifesta, distinctio? An ab institutis Lycurgi apud Lacedæmones, qui, ut Xenophontis verbis in *Rep. Lacedæmoniorum* utar, πολλαῖς πληγαῖς ἐπέβαλλε τῷ ἁλισκομένῳ, *Multis verberibus plectebat eum, qui deprehensus esset*; & cum

& cum nullam pœnam irrogaret furibus non manifestis, fures manifestos severe puniebat. Sane apud Athenienses nullum fere vestigium apparet hujus distinctionis inter furta manifesta, & non manifesta. Solus, quod sciam, Xenophon *lib.* I. *memorabil.* furis manifesti meminit: Κατὰ γὰρ τοὺς νόμους, ἐάν τις φανερὸς γένηται κλέπτων, ἢ λωποδυτῶν, ἢ βαλαντιοτομῶν, ἢ τοιχωρυχῶν, ἢ ἀνδραποδιζόμενος, ἢ ἱεροσυλῶν τούτοις θάνατός ἐστιν ἡ ζημία. *Nam secundum leges, si quis fuerit fur manifestus, vel balnearius, vel saccularius, vel vesticularius, vel plagiarius, vel sacrilegus, his omnibus pœna mors est.* Atque haud scio, an nomine *furis manifesti* Xenophon intelligat eum, qui furtum confessus est, non vero, ut nostri Jurisconsulti interpretantur. Ita plane Æschines videtur explicare in *Oratione in Timarchum:* Οἱ δὲ νόμοι κελεύουσι τῶν κλεπτόντων τοὺς μὲν ὁμολογοῦντας θανάτῳ ζημιοῦσθαι, τοὺς δὲ ἀρνουμένους κρίνεσθαι. *Leges præcipiunt fures quidem confitentes capite plecti, negantes vero in judicium adduci.*

9 Utcumque sit, pœna illa gravissima, a Decemviris in fures manifestos constituta, tempore exolevit, ejusque loco a Prætoribus subrogata est quadrupli pœna. Gell. *lib.* 20. *cap.* I. de his legibus: *Sed non levis æstimator, neque aspernabilis est Populus Romanus, cui delicta quidem istæc vindicanda, pœnæ tamen hujusmodi nimis duræ esse visæ sunt. Passus est enim leges istas de tam immodico supplicio, situ atque senio emori.* Itaque non abrogavit legem Prætor, quod facere non poterat, *l.* I. §. *de feriis*, sed cum ei desuetudine abrogatum esset, pœnam quadrupli introduxit.

10 Quo tempore in usu esse desierit pœna constituta a Decemviris, quo tempore introducta a Prætoribus pœna quadrupli, non constat. Quæ conjectura assequi potui, breviter subjiciam. Anno Urbis 429. L. Papirio Mugillano, vel, ut alii putant, Cursore, & C. Petelio Balbo Coss. sublata est lex XII. *Tabularum*, qua cavebatur, ut a Judice condemnati, ni debitum persolverent intra triginta dies, addicerentur creditori, & ab eo in nervo, ac compedibus haberentur, donec integrum debitum persolverent. Non tamen fuit sublata pœna furti, ab iisdem legibus constituta. Liv. *lib.* 8. *Eo anno Plebi Romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod ligari nexi desierunt. Mutatum autem Jus ob unius fœneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem.* Et paulo post: *Jussique Consules ferre ad Populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus, aut in nervo teneretur. Pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur.* Observandum est, in hac lege excipi eos, qui noxam meruerunt. Quoad corpora debitorum, ne creditoribus obnoxia essent, confirmarunt Imperatores Diocletianus, & Maximianus in *l. ob æs C. de obligat. & action.* Hoc 11
idem, cum usurparetur a Græcis, vetitum fuit a Solone, qui legem Sisachthiæ tulit, qua & omnes, qui ante id tempus debita contraxerant, ab obligatione liberavit, cavitque in posterum, ne quisquam super corpus debitoris mutuaretur, ut testantur Plutarchus *in Solone*, & in *op. de vitan. ære alien.* & Diod. Sicul. *lib.* I. qui etiam addit, hoc interdictum pariter fuisse apud Æ- 12
gyptios, apud quos etiam lege cautum erat, ne usuræ supra duplum sortis possent ascendere. Apud Athenienses si ju- 13
dicatus non solvisset decreto Magistratus, pignora capiebantur, & mittebatur creditor in possessionem bonorum debitoris, ut refert Ulpian. & Demosthen. *in oration. in Midiam.* quod Romani postea imitati sunt. At si non haberet unde solveret, creditor ei circumscribebat locum, unde egredi non poterat, an-

antequam solvisset ut refert Hesych. in voce περίγραφον, vel in carcerem conjiciebat, & in compedibus habebat, teste eodem in voce ἱρκαλοτκελοῖς.

14 Ut ad furta, unde discessimus, revertamur, postea ad pœnam furti [manifesti referri illud Catonis apud Gell. *lib.* 11. *cap. ult. Fures privatorum furtorum in nervo, atque in compedibus ætatem agunt: fures publici in auro, atque in purpura*. Unde quis conjecturam capere posset, Catonis tempore nondum inventam quadrupli pœnam, nec sublatam pœnam addictionis.

Nihil tamen ausim certo statuere, quia ea verba referri etiam commode possunt ad jus nectendi debitores. Simile est, quod Plautus in *Pœnulo act.* 1. *sc.* 1. ait:

Dupli tibi auri, & hominis fur leno fiet;
Neque id unde efficiat, habet: ubi in jus venerit,
Addicet Prætor familiam totam tibi.

Et *scen. ult.*

Quin egomet tibi me addito. Quid Prætore opus est?
Verum obsecro te, ut liceat simplum solvere.

Idem in *Aulul.*

At ego Deos credo voluisse, ut apud te me in nervo enecem.

Si legamus *apud me te in nervo enecem*, expedita erit sententia: putabat enim senex, illum sibi ollam auri abstulisse.

15 Jus nectendi debitores apud Romanos antiquissimum, & licet multis legibus atque edictis fuisset pluries interdictum, numquam tamen florente Rep. potuit exterminari. Ante latas XII. *Tabularum* leges, anno ab Urbe condita 259. Appio Claudio, & P. Servilio Coss. quidam magno natu, qui nexus crudeliter habebatur, cum proripuisset in forum, & magnas turbas excitasset, nexu vincti solutique se undique in publicum proripuerunt, implorantes Quiritium fidem. Itaque Servilius Cos. edixit, ne quis Civem Romanum vinctum, aut clausum teneret, quo minus ei nominis edendi apud Coss. potestas fieret: & ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret, liberos, nepotesque ejus moraretur. Liv. *lib.* 2. Postea confirmatum est hoc jus nectendi debitores legibus XII. *Tabularum*, ac certa forma præscripta, ut refert Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Nec quisquam ausus est eam revocare, licet hac de causa turbulentissimæ tempestates extiterint in Rep. de quibus Liv. *lib.* 6. & passim. Ipse Licinius Stolo turbulentissimus Tribunus Pleb. qui levandæ Plebis gratia inter Patres, ac Plebem implacabiles discordias concitavit, hoc jus Populo auferre ausus non est. Tandem anno 428. ut supra dictum est, jus hoc sublatum est lege a Consulibus lata. Sed hæc lex non fuit observata, ut testatur Quintilianus. Imò cum iterum C. Popilio rogante sublatum fuisset, tamen necti debitores non desierunt. Varr. *de Ling. Lat. lib.6. Hoc C. Popilio rogante, Sylla Dictatore, sublatum, ne fieret, & omnes, qui bonam copiam jurarent ne essent nexi, dissoluti*. Quæ verba *sublatum ne fieret*, ostendunt, non solum lege solutos fuisse, qui jam nexi erant, sed vetitum ne in posterum necterentur, sicut priori lege cautum erat. Sed urgente avaritia non potuit hoc a Patribus extundi, & neutra lex fuit observata. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Addici namque nunc, & vinciri multos videmus, quia vinculorum pœnam deterrimi homines contemnunt*. Terent. *in Phorm. act.* 4. *sc.* 4.

Cum argentum repetent, nostra causa scilicet
In nervum potius ibunt.

Quem locum non recte Donatus interpretatur. Plaut. in *Menæchm. act.* 1. *sc.* 1.

Nam ego ad Menæchmum nunc eo, cui jam diu

Sum

Sum judicatus, ultro eo, ut me vinciat. Idem in *Curcul. scen. ult.*

——— quia ego ex te faciam pilum catapultarium.
Atque ita te nervi torquebo, itidem uti catapultæ solent.
Delicatum te hodie faciam, cum catello ut accubes.
Ferreo ego dico.

Leno autem infra merito queritur:

——— Proh Deum atque hominum fidem! Hoccine pacto indemnatum, atque intestatum me abripi!

Et rursus:

Tu autem in nervo jam jacebis, nisi mihi argentum redditur.

Et Paulo post:

Ego in nervum, haud ad Prætorem, hinc rapiam, ni argentum refers.

Alia ad hanc rem Plauti testimonia supra attuli. Est & illud Nævii, quod inter genera ridiculi valde laudat Cic. *lib. 2. de orat.*

Quanti addictus? mille nummum. Nihil addo, ducas licet.

Verba M. Tullii sunt hæc: *Ut apud Nævium videtur esse misericors ille, qui judicatum duci videns percunctatur ita:*

Quanti addictus? mille nummum.

Si addidisset tantummodo, ducas licet, esset illud genus ridiculi præter expectationem: sed quia addidit nihil addo; ducas licet; addito ambiguo altero genere ridiculi, fuit, ut mihi quidem videtur, falsissimus. Fuit autem hoc præter expectationem, quia qui occurrebat addicto, qui ducebatur, ideo solebat interrogare creditorem, quanti addictus esset, ut eum solvendo debitum liberaret. Liv. *lib. 6.* de M. Manlio, occurrente Centurioni, qui ducebatur: *Inde rem creditori palam populo solvit: libraque, & ære libertatum emittit.* D. Liv. de eodem M. Manlio: *Homines prope quadringentos produxisse dicitur, quibus sine fænore expensas pecunias tulisset, quorum bona venire, quos duci addictos prohibuisset.*

16 Nec solum Romæ, sed etiam in Provinciis addicebantur debitores creditoribus suis, quia, ut puto, Præsides vel hoc edicto comprehendebant, vel morem & consuetudinem Urbis Romæ hac in re observabant. Cic. in *Orat. pro L. Flacco: Itaque recuperatores contra istam rem minime dubiam prima actione judicaverunt. Cum judicatum non faceret, addictus Hermippo, & ab hoc ductus est.* Accidit hoc in Asia. Id in *L. Pison. Nonne cum ducenta talenta tibi Apolloniatæ Romæ dedissent, ne pecunias creditas solverent, ultro Fusidium Equitem Romanum hominem ornatissimum creditorem debitoribus suis addixisti?*

17 Ex his constat, verba Catonis etiam de debitoribus ex causa furti posse intelligi, qui non ob pœnam furti, sed quia non solverent id, ad quod solvendum fuerant condemnati, addicti forent, & in nervo, ac compedibus haberentur. Rectius tamen de pœna furti videntur esse intelligenda. Neque enim cuiquam dura videri potest hæc pœna, si perpendat, iisdem vinculis fuisse vinctos debitores, nullius delicti reos. Sane Cato ibi atrocitatem pœnæ in privatos fures exaggerat, ac propterea de pœna furti id interpretari consentaneum est.

CAPUT XXVI.

Ad §. Conceptum Instit. tit. de obligat. quæ ex delict. nasc.

SUMMARIUM.

I. *Furtum conceptum dicebatur, quasi simul captum, seu comprehensum, nam illud est, quod apud aliquem invenitur. n. 2.*
III. *Furti concepti pœna gravissima erat; postea mitigata fuit, & tripli pœna constituta.*
IV. *Concipi furta per lancem & licium quid esset.*

ses. Hic mos a Græcis deductus est.

V. Nudi furta conquirebant, ne quid clam inferrent. Licio cingebantur virginum causa, ut partes pudendas tegerent, & hic mos observabatur a Sacerdotibus, maxime in Lupercalibus.

VI. Lictores a licio, an a ligando dicti sint?

VII. Licium erat pannus ad velandam partem corporis.

VIII. Lance quare uterentur quærentes furta.

IX. Servi fugitivi quomodo conquirerentur, & quid esset indicium?

X. Lege Æbutia sublatus est antiquus mos concipiendi furta.

DE furto concepto est inter doctissimos Homines magna dissensio. Literator ille, Jurisque, quod profitebatur, non satis peritus apud Gellium *lib. 16. cap.* 10. ait, furtorum quæstiones cum lance, & liacio evanuisse. Nec ipse Gellius, harum rerum non indiligens, cujusmodi esset furtum, per lancem, & licium conceptum, nobis aperuit, sed ad Sabini librum de furtis nos ablegavit *lib.* 11. *cap.* 18. *Sed quod sit oblatum, quod conceptum, & pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta, neque inutilia cognitu, neque injucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis*. Quid esset furtum conceptum: quæ ejus pœna: quando in usu esse desierit, conabor explicare.

1 Furtum conceptum dicebatur, quasi simul captum, seu comprehensum. Sunt enim fere ejusdem significationis concipere, & comprehendere. Cic. *lib.* 2. *de finib. Concipere, & comprehendere animo voluptatem*. Et de Natur. Deor. *Concipiens, & comprehendens natura*. Ovid. *lib.* 1. *Metamorph.*

Sed timuit, ne forte sacer tot ab ignibus æther.

Conciperet flammas, totusque ardesceret axis.

Hoc enim a verbo *capio*: illud a verbo *præbendo* compositum est.

2 Furtum igitur conceptum, est furtum comprehensum, seu inventum, & captum apud aliquem. Vetus Glossar. *Conceptum furtum dicitur, cum quis præsentibus testibus rem furtivam invenit apud aliquem*. Cajus *lib.* 2. *Instit. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem alterum res furtiva inveniatur*. Paul. *lib.* 2. *sentent. cap.* 31. *Concepti actione is tenetur, apud quem furtum quæsitum, & inventum est*. Secundum hæc Justinianus in §. *conceptum Inst. tit. de oblig. quæ ex delict. nasc. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti*:

Modus investigandi, & concipiendi furta constitutus a legibus XII. *Tabularum*: a quibus etiam gravissima pœna coereebantur furta concepta. Gell. 3
lib. 11. *cap.* 18. *Ea quoque furta, quæ per lancem, liciumque concepta essent, perinde ac si manifesta forent, vindicaverunt. Sed nunc a lege illa Decemvirali discessum est*. Gravissima autem pœna constituta erat legibus *duodecim Tabularum* in fures manifestos. Gell. *ibid. Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari, addicique jusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luce fecissent, neque se telo defendissent: servos item furti manifesti prehensos verberibus affici, & e saxo præcipitari; sed pueros impuberes Prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri*. Si eadem erat furti, per lancem, & licium concepti pœna, ut testatur Gellius, næ pœna gravissima erat. Quamobrem fuit mitigata nimia severitas posterioribus legibus, & tripli pœna constituta. Gell. *ibid. Furti concepti, item oblati, tripli pœna est*.

Concipiebantur autem hæc furta per 4
lancem, & licium. Quid hoc esset, disputant acriter Viri in primis eruditi. Id nos paulo diligentius, ac perquisitius exponemus. Enimvero faciem nobis præfert Festus in verbo *lance*, ibi: *Lance, & licio dicebatur apud Antiquos, quia*

quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamilias, aut virginum præsentiam. Decemviri, ut pleraque omnia, sic ejusmodi morem quærendi, & investigandi furta a Græcis transtulerunt, & legibus *duodecim Tabularum* sanxerunt. Aristophan. in *Nubib.*

> Σω. Ἴθι νυν, κατάθου θοἰμάτιον. ΣΤΡ. Ἠδίκηκά τι;
> Σω. Οὔκ' ἀλλὰ γυμνοὺς εἰσιέναι νομίζεται.
> ΣΤΡ. Ἀλλ' οὐχὶ φωράσων ἔγωγ' εἰσέρχομαι.
> So. *Age nunc, depone vestes, STR. Quid deliqui?*
> So. *Non, sed nudos introire oportet.*
> Str. *Atqui non furtum concepturus ingredior.*

Explicate rem totam exponit ibi Scholiastes his verbis: Ἔθος ἦν τοὺς εἰσιόντας εἰς οἰκίαν τινὸς ἐπὶ τὸ ἐρευνῆσαι, γυμνοὺς εἰσιέναι, ἵνα μὴ ὑπὸ τὰ ἱμάτια κρύψαντες λάθωσι, ἢ ἵνα μὴ ὑπὸ ἔχθρας λάθωσιν ὑποβαλόντες τὸ ζητούμενον, καὶ ζημίας αἴτιοι τούτῳ γένωνται. Οἱ οὖν μέλλοντες εἰσιέναι, ἵνα ἐπιθεάσωνται χρήματα τοῦ δημοσίου, ἢ καταφωρᾶν, γυμνοὶ εἰσῄεσαν, ἵνα μή τι ἀποκρύψωνται. *Mos erat, ingredientes alicujus domum ad pervestigandum, nudos introire, ne sub vestibus aliquid occulentes laterent: vel ne propter inimicitiam occulto subjicientes id quod quærebant, caussa essent, cur ille in pœnam incurreret. Itaque ingressuri, vel ut publicas res inspicerent, vel ut furta perquirerent, nudi introibant, ne quid occultarent.* Quod ad consuetudinem refert hic Scholiastes, legi tribuit Isæus *de Philoctemonis hæreditate*: Λεγόντων δὲ ἐκείνων, ὅτι οὗτοι ἐξεννενοχότες εἶεν εἰς τὴν πλησίαν οἰκίαν, καὶ ἀξιούντων παραχρῆμα τούτοις φωρᾶν κατὰ τὸν νόμον. *Dicentibus vero illis, quod in vicinam domum se receperant, & volentibus statim his concipere secundum legem.* Plato quoque id in suas leges transtulit. Sanxit enim libro XII. Φωρᾶν δὲ ἂν ἐθέλῃ τίς τι παρ' ὁτῳοῦν, γυμνὸς, ἢ χιτωνίσκον ἔχων, ἄζωστος, προομόσας τοὺς νομίμους θεοὺς, ἦ μὴν ἐλπίζων εὑρήσειν, οὕτω φωρᾶν. Ἐὰν δέ τις ἐρευνᾶν βουλομένῳ φωρᾶν μὴ διδῷ, δικάζεσθαι τὸν ἀπειργόμενον τιμησάμενον τὸ ἐρευνώμενον. ἂν δέ τις ὄφλῃ, τὴν διπλασίαν τοῦ τιμηθέντος βλάβην ἐκτίνειν. *Si quis furta concipere apud quemlibet voluerit, nudus, aut tunicam solum habens, & discinctus, & jurans per patrios Deos se ad id faciendum adduci spe inveniendi, ea concipiat. Si vero quisquam inquirere volenti furtum concipere non permittat, per Judicem condemnetur ad persolvendum id, quod quærebatur. Et, si non solvat, in duplum condemnationis teneatur.*

Origo igitur hujus instituti a Græcis. Nudi furta conquirebant, ne quid occulte inferrent, ac supponerent. Licio cincti erant ad tegendas partes pudendas, virginum, & matronarum caussa. Consuetudo etiam in sacris usurpata apud Romanos. Virgil. 8. Æneid. 5

> *Jamque Sacerdotes, primusque Potitius ibant*
> *Pellibus in morem cincti, flammasque ferebant.*

Maxime in Lupercalibus, in quibus Luperci per Urbem discurrebant nudi, succinctique, & puellas occurrentes pelliculis verberantes. Plutarchus *de Lupercis*: Γυμνοὶ διαθέοντες ἐν περιζώμασι. *Nudi discurrentes, cum subligaculis.* Ovid. 5. *Fastor.*

> *Semicaper coleris cinctutis, Faune, Lupercis.*

Stat. *lib.* 5. *Sylvar.*

> *Verbera succincti formidavere Luperci.*

Hinc Lictores a licio transverso, quo cingebantur, dictos fuisse putavit Tiro Tullius apud Gellium, & Isidorus. Cinctus enim erat signum ministrantis. Sueton. *in Cajo*: *Cajus quosdam summis honoribus functos cœnanti modo ad pluteum,* 6

mo-

modo ad pedes stare succinctos linteo passus est. Horat. *lib.* 2. *serm.* 8.

—— Puer alte cinctus acernam
Gausape purpureo mensam detersit ——

Quare Dominus Jesus in postrema, quam habuit cum discipulis suis cœna, ministraturus ipsis posuit vestimenta sua, & linteo præcinxit se. Verius tamen fortasse est, Lictores dictos fuisse a ligando, ut Nonius Marcellus affirmat.

7 Licium autem erat pannus ad velandam, & circumligandam partem corporis aptus. Varro: *Flamines, quod licio in apice velati erant*. Virg. Eclog. 8.

Terna tibi hæc primum triplici diversa colore
Licia circumdo ——

Eadem de causa lancem oculis investigatoris objiciebant ad tuendam honestatem fœminarum, quæ hac ratione po-
8 terant ejus aspectum declinare. Simile quiddam nos usurpamus: nam e fronte mulorum lancem suspendimus, ne libero obtutu omnia, quæ obviam incurrunt, circumspicientes perterrefiant & consternentur.

Enimvero alia fuit ratio conquirendi
9 servos fugitivos. Solebant enim vel libello proposito, vel per Præconem indicium promittere, hoc est, præmium indicanti servum, aut conquisitores a Prætore petere, & accipere. De hoc indicio fit mentio *in l.* 4. *§. ult. ff. de condict. ob turp. caus.* Plautus in *Mercatore*.

Certum est, Præconum jam quantum est conducier,
Qui illam investigent, qui inveniant. Post ad Pretorem illico

Ibo: orabo, ut conquisitores det mihi in vicis omnibus Cur. Fortunatian. *lib.* 1. *Rhetoric. Cujus servus fugerat, libello proposito, vel per Præconem nuncians dixit, daturum se denarios mille ei, qui ad se servum perduxisset*. Petron. Arbit. *Dum Eumolpus cum Bargate in secreto loquitur, intrat stabulum Præco cum servo publico, aliaque sane modica frequentia, facemque fumosam magis, quam lucidam quassans, hæc proclamavit: Puer in balneo paulo ante aberravit, annorum circa sedecim, crispus, mollis, formosus, nomine Gnython. Si quis eum reddere, aut commonstrare voluerit, accipiet nummos mille. Nec longe a Præcone Ascyltos stabat, amictus discoloria veste, atque in lance argentea indicium, & fidem præferebat*; & paulo infra: *Interim Ascyltos, ut pererravit omnes cum Viatore cellas, venit ad meam, & hoc quidem pleniorem spem concepit, quo diligentius oppessulatas invenit fores. Publicus vero servus insertans commissuris secures, claustrorum firmitatem laxavit*. Hæc quæ de veste discoloria, & lance argentea tradit Auctor, meo judicio ad lancem, & licium referri non possunt, cum eo tempore non esset amplius in usu modus ille concipiendi furta. Sunt igitur ea omnia referenda ad perquisitionem servorum fugitivorum, de qua in *l.* 3. *& toto tit. ff. de fugitivis, & toto tit. C, de fugit.* & de illis, qui servos alienos occultant, *in l. non statim 6. ff. ad leg. Fab. in l.* 1. *ff. de fugit. in l. Neratius* 11. *§. ult. ff. de serv. corrup. in l. si mandavero* 12. *§. fugitivus ff. mand. l.* 3. *§. si quis C. de SC. Syllan.* Apul. lib. 6. *Tunc etiam legibus, quæ servos alienos profugos invitis dominis vetant suscipi, prohibeor*. Et paulo post nobis suppeditat simile exemplum Mercurii, perquirentis Psychen ancillam Veneris fugitivam, & indicium pollicentis.

Quod attinet ad tempus, quo in usu 10
esse desiit hæc ratio investigandi ac perquirendi furta, nihil certo statui potest. Vero simile est, lege Æbutia sublatum fuisse hunc modum concipiendi furta, constitutumque, ut testibus præsentibus res furtivæ conquirerentur. Indicat hoc Gell. *lib.* 16. *cap.* 10. *Sed enim cum proletarii, & assidui, & sanates, & vades, & subvades, & viginti quinque asses,*

ses, & taliones, furtorumque quæstiones cum lance, & licio evanuerint, omnisque illa XII. *Tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus Centumviralium causarum lege Æbutia lata consopita sit*. Testatur Ludovicus Charondas se in fragmento quodam Romanæ antiquitatis hæc verba reperisse: *Æbutius, Tribunus Plebis, vir popularis, legem tulit ad Populum, ut duodecim Tabularum capita, quæ inutilia essent Reip. tollerentur: quæ lex multis contradicentibus tandem rogata est*. Inter capita inutilia legis XII. Tab. fuisse videtur illud, quo statuebatur de furto per lancem liciumque concepto. Certe Plauti ætate in usu fuisse non videtur. Cum enim in *Pœnulo* Milphio servus, & Agorastocles dominus lenoni insidias struxissent, ut is addiceretur Agorastocli, & domum lenonis Agorastocles iret, quæsitum villicum suum, qui apud lenonem cum marsupio auri delitescebat, non est usus lance, & licio, sed testes advocavit, quibus præsentibus villicum comprehendit, nec lenonem sibi addici curavit, tamquam reum furti concepti, sed tamquam debitorem, quod solvendo non esset. Versus quibus hæc indicantur, subjiciam *Act*. I. *scen*. I. ubi servus dominum instruit:

Rogato, servus veneritne ad eum tuus:
Ille me censebit quæri: continuo tibi
Negabit. Quid tu dubitas quin extempulo.
Dupli tibi auri, & hominis fur leno fiet?
Neque id unde efficiat habet: ubi in jus venerit.
Addicet Prætor familiam totam tibi.
Ita decipiemus fovea lenonem Lycum.

Et *Act*. 3. *scen*. I.

Ille negabit, Milphionem quæri censebit tuum.
Id duplicabit omne furtum: Leno addicetur tibi.

Et scen. ultim.

Agor. *Imo haud multo post in jus veneris.*
Lyc. *Quin egomet tibi me addico: quid Prætore opus est?*
Verum obsecro te, ut liceat simplum solvere.

Ex quibus constat, ea ætate nondum fuisse constitutam tripli pœnam, quæ fortasse postea a Prætore constituta est, sicut pœna quadrupli in fures manifestos.

CAPUT XXVII.

Ad L. qui vas argenteum ff. de furt.

SUMMARIUM.

I. Dominus, qui rem suam propria auctoritate aufert a possessore, rem ipsam amittit. & num. II.
II. Nemo sibi ipsi jus dicere debet, aut propria auctoritate res occupare.
III. Legatarius non potest occupare legatum, sed ab hærede illud petere debet.
IV. A fure fugitivo licet propria auctoritate rem auferre, quod observatur & in Decuriones fugientes.
V. Id etiam, quod actione & judicio consequimur, auferri dicitur.
VI. Actione furti solam pœnam persequimur, non rem ipsam & n. 8.
VII. Res furtiva repetitur condictione furtiva, & rei vindicatione.
IX. In actione ;vi bonorum raptorum res rapta continetur.
X. Judex debet condemnare reum juxta naturam actionis.
XI. Actor, qui rem suam furi abstulit, eam amittit.
XII. Si dominus rem furto sibi sublatam a fure auferat post litem contestatam, alio judicio fur eam repetere debet.

QUi vas argenteum perdiderat, eoque nomine furti egerat, de pondere vasis controversia cum esset, & actor majus fuisse diceret, fur vas protulit: id is, cujus erat, abstulit ei, qui subripuerat, dupli nihilominus condemnatus est. Rectissime judicatum est: nam in actionem pœnalem non venit ipsa res, quæ subrepta est, sive manifesti furti, sive nec manifesti agatur*. Interpretes nostri in hujus

jus legis explicatione impingunt in scopulum, quem non sine periculo naufragii prætervehuntur. Dominus enim,
1 qui rem suam propria auctoritate aufert a possessore, rem ipsam amittit. §. *ita tamen Inst. tit. de vi bon. rapt.* §. *recuperandæ Instit. tit. de interd. l. si quis*
2 *in tantam C. unde vi.* Nemo enim sibi ipsi jus dicere debet aut propria auctoritate res occupare. *l. meminerint 6. C. unde vi. l. negantes C. de oblig. & act. l. un. C. ne quis in sua causa l. qui jurisdictioni* 10. *ff. de jurisd. l. Julianus* 17. *ff. de judic.* Adeo ut nec legatarius
3 possit occupare legatum, sed ab hærede illud petere debeat. *l.* 1. §. *& continet. versic. etenim ff. quod legat. l. non dubium C. de legat.* Qui fit igitur, ut fur in duplum condemnari debeat domino, qui rem abstulit propria auctoritate, si dominus rem illam amittere debet?

4 Quidam fingunt, ibi agi de fure fugiente a quo licet propria auctoritate rem auferre. *l. ait Prætor.* 10. §. *si debitorem ff. quæ in fraud. credit.* Urget enim necessitas rei nostræ servandæ adversus fugientes, nam si fuga semel evaserint, frustra Magistratus auxilium implorabimus. arg. *text. in l. ult. C. in quib. caus. restit. in integr. necess. l.* 1. *C. quando liceat unicuique.* Quod jus & in Decuriones fugientes exercetur. *l. generali* 54. *C. de Decurion. l.* 1. *C. ubi quis de curial. vel cohort.* Hæc autem facultas injiciendi manus in debitores fugientes innixa est legibus XII. *Tabul.* quibus cavebatur: *si calvitur pedemve struit, manum endo jacito.*

Sed huic interpretationi non possum acquiescere. Nam repugnat narrationi facti. Fur vas protulit in judicio, non cum vase aufugit.

5 Alii existimant, dominum abstulisse rem suam non propria auctoritate, sed modis legitimis, nempe judicio, quasi Judex vas prolatum domino reddi jusserit. Nam & id, quod actione, & judicio consequimur, *auferri* dicitur. *l. duobus* 85. *ff. de legat.* 1. *l. si pro re* 22. §. *ult. ff. de evict. l. chirographis* §. *ult. ff. de administr. tutor. l. creditor. in princ. & l. si prior.* §. *si simpliciter ff. qui potior. in pignor. l. venditor* 21. *in fin. ff. de hæred. vel action. vendit. l. cum filius* 76. *in princ. ff. de leg.* 2.

Sed durissima est hæc interpretatio. 6
Primum enim JC. non ait furem condemnatum fuisse ad rem restituendam, & ad duplum rei, sed solum ait dupli condemnatum fuisse. Præterea non poterat Judex condemnare furem ad rem restituendam, quia apud eum furti actum erat, & actio furti solam pœnam persequitur, non rem ipsam. §. *furti actio Instit. tit. de obligat. quæ ex delict.* §. *sic itaque discretis Inst. tit. de action. l. si pignore* 54. §. *cum furti ff. de furt.* Ad 7
repetendam enim rem competit rei vindicatio, & condictio furtiva. *d.* §. *furti actio, & d.* §. *sic itaque l. ancillæ* 12. *cum seq. C. de furt. l. si pro fure* 7. *in fin. cum l. seq. ff. de cond. furt.* Denique quorsum narratur a JC. vas a fure prolatum fuisse in judicio, & a domino ablatum, nisi ut intelligatur, dominum rem suam arripuisse, & de manibus furis extorsisse? Certe tota illa narratio esset supervacanea, si fur a Judice condemnatus vas restituisset domino.

Ego, ut dicam quod sentio, non in- 8
telligo, cur in hac lege interpretanda D. D. nostri tantopere se torqueant: cum clara sit ejus sententia. Primum enim ibi non quæritur, an dominus auferens rem suam a fure, eam amittat: neque enim hac de re actum erat in judicio: nec agi potuerat, quia hoc post inchoatum judicium supervenit. *l. non quemadmodum ff. de judic. l. non potest videri ff. eod. l. bovem* §. *si sub conditione ff. de Ædil. Edict.* Igitur quæstio ejus legis non est de amissione rei, propria auctoritate occupatæ: sed de actione furti

ti, qua actum erat in judicio, & de condemnatione Judicis, qui furem dupli condemnavit. Quærebatur autem, an recte furem dupli condemnasset, etiamsi dominus pendente judicio rem suam recuperasset. Et respondit JC. recte condemnatum fuisse, quia in actionem furti, quæ tota pœnalis est, non venit res subrepta. Itaque sive jure, sive injuria rem suam furi dominus abstulerit: & sive eam amittat, sive jure possit retinere: hoc nihil attinet ad actionem furti, in qua de re ipsa non quæritur, nec quæri potest, quia in actione pœnali res subrepta non continetur. *d. §. furti actio Inst. tit. de oblig. quæ ex delicto.* cum aliis supra laudatis.

9 Si actum fuisset actione vi bonorum raptorum in quadruplum, & dominus a raptore rem abstulisset, tunc minuenda fuisset a Judice condemnatio, quia in quadruplo hujus actionis ipsa res continetur: *princ. tit. Inst. vi bonor. rapt. l. 1. §. in hac actione ff. eod.* cum actio vi bonorum raptorum mixta sit, & partim pœnam, partim rem ipsam persequatur. *§. vi autem bonorum Inst. tit. de action.* Ac propterea non deberet Judex reum condemnare ad restituendam rem domino, qui eam recuperavit. At in actione furti, quæ mere pœnalis est, non potest Judex habere rationem rei, quæ petita non fuit, cum in actione illa, qua actum est, minime contineatur.

10 Debet enim reum condemnare juxta naturam actionis, quæ fuit intentata. *§. 1. & seqq. Instit. tit. de offic. Judic.*

11 At enim actor, qui rem suam furi abstulit, eam amittit. *l. si quis in tantam C. unde vi. §. recuperandæ Instit. tit. de interd. §. ita tamen Instit. tit. vi bonorum rapt.*

12 Utcumque sit, certe hac de re agendum est alio judicio, & nova interpellatione, novo judicio opus est. *l. Antæus §. ult. ff. de aqu., & aqu. pluv. arc. l. non potest videri 23. ff. de judic. l. de his rebus 46. ff. de recept. arbit. l. tigni 7. §. ult. ff. ad exhib. l. litis contestatæ 37. in princ. ff. de negot. gest.* Itaque recte judicavit Judex, qui nullam rationem habuit ejus, quod post litem contestatam supervenit, & quod in libello petitum non erit, nec conveniebat actioni, qua apud eum actum erat. An enim sententiam diceret, non convenientem actioni intentatæ? An sententiam discrepantem a libello, & petitione actoris? An sententiam diceret de eo, quod in judicium deductum non est? sunt hæc absurda, & aliena ab officio, & potestate Judicis. *l. ut fundus 18. ff. commun. divid.*

Itaque si fur rem sibi ablatam restituendam esse contendat, ad eam recuperandam aget, & alio judicio jus suum experietur. Disputabitur autem in eo judicio, an dominus auferendo rem suam, quam fur a domino clam possidebat, incidat in pœnam amissionis per *text. in l. si alius 7. §. bellissime, & in l. ult. §. si januam ff. quod vi aut clam.* Quæ disputatio, cum omnino sit aliena a judicio furti, in eo peragi non potuit.

Ac si peragi potuisset, & hac de re Judex furti cognoscere potuisset, tamen cum hæc ad actionem furti non pertineat, sed ad aliam actionem, recte Judex furem dupli condemnasset, ut ait ibi JC. etiamsi vicissim deberet condemnare reum ad vas ablatum restituendum. Cum enim actio furti pœnalis vas illud non contineat, duæ condemnationes essent necessariæ: altera furis in duplum: altera domini actoris in restitutionem vasis ablati. Sed, ut dixi, hæc restitutio vasis ablati ad cognitionem hujus Judicis non pertinet: hic enim de furto cognoscere debet, quod solummodo in judicium deductum est: restitutio autem vasis pendet a facto, omnino separato a facto furti, quod in hoc judicium deductum non est.

CA-

CAPUT XXVIII.

Ad l. 3. §. si rem ff. de acquir. vel amitt. possess.

SUMMARIUM.

I. *Possessio acquiritur solo animo sine apprehensione; quin & dominium; cur non & furto adimatur.*
II. *Multum interest volente, an invito domino quis possessionem acquirat.*
III. *In furto non sufficit consilium, sed factum requiritur, & ipsa contrectatio. & n.* 10.
IV. *Opponuntur variæ Leges & cum his quoque Gellii & Plauti loca.*
V. *Ficta contrectatio in furto non admittitur.*
VI. *Nec inficiatione furtum fit.*
VII. *Exponitur singulatim* l. 1. ff. de Furt.
VIII. *Vis & significatio verbi* occultare; *ut &* abnegare.
IX. *Explicatur* l. si quis uxori §. neque verbo ff. de Furt.
XI. *Item* l. inficiando, in princ. ff. eod.
XII. Dactyliothecæ *significatio minus nota ex Plinio.*
XIII. *Porro demonstratur auctoritate Veterum contrectationem desiderari, etiamsi res sit in nostra potestate. & n.* 18.
XIV. *Detratio conjuncta animo furandi non est species contrectationis.*
XV. *Exponitur* l. certi condictio 9. *cum* l. seq. ff. de Reb. cred. *& de thesauro adde n.* 17.
XVI. *Non sufficit contrectatio in furto, sed eo amplius debet esse fraudulosa; præterea in ipso contrectandi actu fraus adesse debet, nec sufficit eum postea supervenire.*
XIX. *Solvuntur leges obstantes, ut* l. si rem mobilem 47. ff. de acquir. possess. *Differentia inter res mobiles & immobiles, quoad acquirendam possessionem.*
XX. Rem invadere *quid significet, occasione* d. l. 47. de acquir. possess.
XXI. *Responsio ad* l. si quis rem 20. ff. eod.
XXII. *Furti essentia in contrectatione consistit, non in possessionis interversione. Ergo & hereditati furtum fit, & alterius rei, cujus nullus est possessor.*
XXIII. *Respondetur ad* l. si alienum C. de Furt. *ubi de servi & animalium contrectatione.*
XXIV. *Item ad* l. si quis uxori. §. eum creditorem ff de Furt. Celare *est amovere, adeoque & contrectare.*
XXV. *Porro ad* l. falsus §. si is qui debitum ff. de Furt. *in qua contrectatio velut longæ manus.*
XXVI. *Necnon ad* l. si is qui rem 66. §. eum qui ff. de Furt.
XXVII. *Sicut etiam ad exemplum fugitivi.*
XXVIII. *Denique respondetur ad auctoritates Gellii & Plauti.*

HAnc legem subtiliter, & copiose, ut solet, & præter communem opinionem exposuit Juris consultissimus Chesius; adeo ut videri possit actum agere, qui in ea explicanda amplius elaboret. Sed quia tam acutas interpretationes plerique non concoquunt: idcirco a nobis explicabitur pinguiore Minerva.

Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere: sed si eam loco non moveris, & inficiandi animum habeas; plerique Veterum, & Sabinus & Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur.

I Videtur regulis Juris maxime repugnare hoc Pauli responsum. Etenim possessio acquiritur etiam sine apprehensione rei, ejusve contrectatione, aut loco motione, quando res est in potestate ejus, qui vult adipisci possessionem: & quod magis est, acquiritur etiam dominium. *l.* 1. *§. si jussferim l. quod meo* 18. *§. si venditorem l. quarumdam ff. de acquir. poss. l. si fur.* 32. *in princ. ff. de usuc. l. certi condictio* 9. *in fin. ff. de reb. cred. l. qui negotia* 34. *ff. mand. §. interdum Inst. tit. de rer. divis. l. qua ratione §. interdum ff. de acquir. rer. dom. l. absenti* 10. *ff. de donat. l. si sponsalibus* 58. *ff. de jur. dot. l. si servus* 21. *§. si rem ff. de acquir. rer. dom.* Itaque qui apud horreum ejus claves accipit, mercium in horreo conditarum possessionem, & dominium acquirit, quia earum apprehendendarum potestatem nancíscitur *l. clavibus.* 74. *ff. de contr. empt.* Et qui fundum ingreditur animo possidendi, totum fundum incipit possidere, licet

cet eum non circumambulet *l.* 3. §. 2. *ff. de acquir. poss.*

2 Sed ad hæc, & hujus generis cetera est prompta responsio. Facilius acquiritur possessio vacua, & domino volente, quam intervertatur invito domino. Hæc enim avelli debet a domino, a quo retinetur: non debet autem ignoranti, ne dum invito, possessio tolli, etiamsi ab eo solo animo retineatur *l. quamvis* 46. *ff. de acquir. poss.* Animo enim amittitur possessio, sicut acquiritur *d. l. quamvis & l. quemadmodum ff. eod.* Quando autem vacua est possessio, aut a domino ceditur, concurrit animus acquirentis cum animo amittentis: ac propterea si præcesserit factum apprehensionis, nihil aliud requiritur, & possessio transferatur necesse est. Recte Paulus in *l.* 1. §. *si vir uxori ff. de acquir. poss. si vir uxori cedat possessionem donationis causa plerique putant possidere eam, quia res facti Jure Civili infirmari non potest: & quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?* Si ingrediar fundum voluntate domini, totius fundi possessionem illico acquiro *l.* 3. §. 1. *ff. de acquir. poss.* Imo si venditor fundi in mea turre mihi demonstret fundum venditum, vacuamque possessionem se tradere dicat, non minus possidere incipio, quam si pedem finibus intulissem. *l. quod meo* §. *si venditorem ff. eod.* Contra si ingrediar fundum animo occupandi possessionem invito domino, eam non acquiro *d. l. quod meo* §. *si dum in alia l.* 3. §. *etsi alii ff. l. clam* 6. §. *ult. l. si id quod* 25. §. *ult. l. quamvis* 46. *ff. eod.*

3 Item volente domino rei præsentis possessionem acquirimus, etiam oculis, & affectu. *l.* 1. §. *si jusserim ff. eod.* & possessionem mercium acquirimus acceptis clavibus in conspectu horrei vel cellæ vinariæ *l. clavibus ff. de contr. empt.* At in furto, quod fit invito domino, oculis & affectu non acquiritur possessio etiam rei præsentis: atque ideo, si quis animo furandi conclave fuerit ingressus, furtum non facit, si nihil abstulerit *l. vulgaris* 21. §. *qui furti ff. de furt.* Item si majoris ponderis quid aperuit, aut refregit, quod tollere non potuit; non omnium rerum fur est, sed earum tantum quas tulit *d. l. vulgaris* §. *item si.* Non solum igitur requiritur contrectatio, sed contrectatio cum effectu, nam si contrectetur quod tolli non potest, non tamen ejus fit furtum, aut possessio intervertitur. Et tantum abest, ut sufficiat solus animus, aut consilium, quando res est in potestate: ut nec sufficiat quidem factum ipsum, & præparatio ad contrectandum. Quamobrem, si quis arcam refregerit eo consilio, ut uniones tolleret, furtum non facit arcam frangendo, sed uniones contrectando. *l. si quid fur.* 22. §. *si eo consilio ff. de furt.* Et ideo recte Paulus in lege nostra ait: *possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest.* Cum enim furtum non fiat, nec possessio intervertitur ex causa furti: furtum autem non fit, quia deest contrectatio; quæ adeo necessaria est, ut synonyma existimentur: *contrectare* & *furtum facere. l. cum creditor* 55. *ff. de furt.* Non sunt igitur hæc contraria Pauli responso; sunt tamen alia, quæ magis adversari videntur.

Primum enim Papinianus in *l. si rem mobilem* 47. *ff. de acquir. poss.* ait, depositario & commodatario constituentibus sibi possidere, & rem domino non reddere, confestim dominum amittere possessionem. Ergo solo animo, sine ullo facto possessio intervertitur. 4

Confirmat id Marcellus in *l. si quis rem* 20. *ff. eod.* ubi respondit dominum invitum possessione interverti a commodatario, qui recusat rem commodatam

tam tradere emptori jubente domino, aut ipsi domino reposcenti reddere.

Præterea in *l. alienum C. de furt.* Alexander Imperator duobus modis furtum fieri respondit, aut contrectando servum, aut illum detinendo: ibi, *& si contrectet, vel apud se detinuerit, furtum facit*; ergo & qui retinet, furtum facit, licet non contrectet.

In *l. si quis uxori §. cum creditorem ff. de furt. Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat, quod verum esse arbitror*. Nihil aliud hic exigitur, quam ut retineat animo furandi.

In *l. falsus* 43. §. *si is qui indebitum ff. eod. Si is qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, si cum eo absente solutum fit: ceterum si præsente, alia causa est, & furtum facit*. Sola præsentia requiritur: nempe ut sit in potestate.

In *l. si is qui rem 66.* §. *eum qui ff. de furt. Eum qui mulionem dolo malo in jus vocasset: si interea mulæ perierint, furti teneri Veteres responderunt*.

His additur exemplum fugitivi. Fugitivus nemo fit solo consilio. Facto opus est, quo se proripiat e potestate domini *l. bovem* §. 1. *ff. de Ædil. Edict. l. fugitivus ff. de V. S.* & tamen si quis imprudens, aut invitus domini potestatem evaserit, & postea cum redire posset, mutato consilio redire noluit, solo animo fit fugitivus *l. quis sit fugitivus* §. *idem ait, si servus ff. de Ædil. Edict.*

Accedit Sabini auctoritas, quem Gell. refert. *lib.* 11. *cap. ult. in fin. Hæc quidem in eo, quo nunc dixi, libro Sabinus scripsit de rebus furti faciendi causa attrectatis. Sed meminisse debemus secundum ea, quæ supra scripsit: furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, sola mente atque animo, ut furtum fiat, annitente. Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo uti furtum faceret, imperavit*. Non dissentit Plautus in *Pænul. act.* 1. *sc.* 1.

—— continuo tibi

Negabit, quid tu dubitas, quin extempulo

Duplo tibi auri & hominis fur leno fiet?

Et *act.* 3. *sc.* 1.

Ille negabit, Milphionem quæri censebit tuum.

Id duplicabit omne furtum, leno addicetur tibi.

Et *sc.* 4. *act.* 3.

Extemplo denegabit: homo furti se adstringet.

Quamquam hæc omnia magni momenti sint; tamen adeo manifesta est 5
Pauli sententia, ut nisi verba cavillari velimus, nullus usquam pateat evadendi locus. Neque enim illud dici potest, ibi agi de ficta contrectatione, quæ fit solo animo, cum res est in nostra potestate. Ait enim Paulus, quod depositarius, qui rem loco non movet, furtum non facit, quia furtum sine contrectatione non fit, nec animo furtum admittitur. Agit igitur de contrectatione, qua res loco movetur, non de ea, quæ fit animi destinatione. Contrectatio hic refertur ad loco motionem, & opponitur animo. Plane si depositarius solo animo furtum admitteret, absurda esset illa ratio, & cum dicto pugnaret: depositarius si rem loco non moverit, & animum inficiandi habeat, furtum non facit, quia animo furtum non admittitur.

Nec illud dici potest, eum, qui ani- 6
mum inficiandi habet, furtum non facere, quia nondum inficiatur, sed inficiabitur cum depositum reposcetur: nam qui animum faciendi habet, non facit. Speciem veri hæc haberent, si inficiatio esset furtum: tunc enim recte diceretur, furem non esse, qui animum ha-

bet inficiandi, quia hic non inficiatur. Sed cum inficiatio non sit furtum *l. inficiandò ff. de furt.* non video quid hæc ad rem pertineant. Porro si animo rem sibi habendi furtum facit depositarius; etiam animo inficiandi furtum faciet. Etenim animus inficiandi involvit animum retinendi depositum. Idcirco enim paratus est inficiari depositum quandocumque reposcetur, quia jam destinavit depositum non reddere. Propterea vero nunc non inficiatur, quia nunc non reposcitur. Si nunc reposceretur, nunc inficiaretur. Habet igitur in præsens animum non restituendi depositum, sibique habendi: & si hic animus sufficit ad furtum faciendum, utique furtum facit. Quocirca non dixit Paulus, eum furtum non facere, quia furtum non admittitur animo inficiandi, aut animo furandi in futurum: sed generaliter dixit, *nec animo furtum admittatur*. Licet enim nunc non inficietur, quia nunc non reposcitur, tamen nunc habet animum lucri faciendi, & furandi: nihilominus tamen furtum non admittit, quia animo furtum non admittitur.

7 Et hæc est germana Pauli sententia, quam confirmat in *l. 1. ff. de furt.* Primum ibi docet, *fures* a *ferendo* nuncupatos fuisse: hinc deducit, solam cogitationem furti faciendi furem non facere, quia qui animum furandi habet, nihil aufert. Atque hoc probat exemplo depositarii qui depositum abneget. Animadvertendum est enim, in ea lege omnia esse inter se apta atque connexa. Depositarius, qui depositum abnegat, furti non tenetur, ideo quia sola cogitatio furti faciendi non facit furem: & ideo non facit furem, quia *fures* ab *auferendo* dicti sunt. Non agitur hic de depositario, qui habet animum inficiandi in futurum, sed de eo, qui depositum abnegat in præsens. Nec possunt hæc intelligi de sola cogitatione, sejuncta a detentione rei: nam absurde subjiceretur exemplum depositarii, qui rem detinet. Age vero perpendamus omnia verba. *Sic is qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed si intercipiendi causa occultaverit*. Hæc laudatus Auctor interpretatur de eo, qui, aut interim non potest, aut non tenetur depositum reddere juxta *l. 1. §. est autem ff. depos.* qui non occultat depositum animo intercipiendi, sed differendi restitutionem, quoad veniat tempus restituendi. Sed huic interpretationi repugnat cum ratio ipsa, tum verborum significatio. Repugnat ratio ipsa: quia ibi quæritur, an furtum fiat cogitatione furti faciendi: ergo supponendum est, depositarium abnegare depositum animo furandi, non differendi restitutionem in tempus magis opportunum. Alioquin exemplum esset alienissimum a quæstione proposita. Præmittitur regula: quod sola cogitatione furtum non fit: subjicitur statim exemplum depositarii ad explicandam regulam: ergo supponitur, depositarium habere animum furti faciendi.

Repugnat etiam significatio verborum. 8
Occultandi verbum refertur ad factum abscondendi, non ad animum *l. Fulcinus. §. quid sit autem & §. illud sciendum ff. quib. ex cauf. in poss. eat. l. 1. C. de his, qui latrones vel alior. crim. reos occult.*

Ovid. *lib. 2. Metamorph.*

—— & arte sua sylvis occultat abactas.

Plaut. *in Trinum.*

Neque latebrose me abs tuo
Conspectu occultabo.

Cic. *pro Leg. Manil.*

Et ita regnat, ut se non Ponto, neque Cappadociæ latebris occultare velit.

Et *pro Sextio.*

Corpus senile paludibus occultavit.

Cæs. *de Bell. Gall. lib. 6.*

Qui proximi Oceano fuerunt: ii in Insulis se occultaverunt.

Non

Non aliter sentit Paulus in nostra lege: opponit enim eum, qui occultat, illi, qui solum habet animum furti faciendi. Nec illud dici potest, quod satis occultet, qui abnegat. Etenim Paulus hic distinguit eum, qui abnegat, ab eo, qui occultat, & præter inficiationem, requirit etiam occultationem: ergo diversa est hæc ab illa: verbum etiam *abnegandi* demonstrat, hic agi de depositario, qui negat, se habere depositum: non de eo, qui differt solutionem in aliud tempus: hic enim non abnegat depositum *l. quod servus* 11. *ff. depos.* Plin. *lib.* 10. *epist.* 97. de Christianis sui temporis. *Seque sacramento non in scelus obstringere: sed ne furta, ne latrocinia, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent.*

Juven. *Sat.* 13.

Dummodo vel cæcus teneam, quos abnego, nummos.

9 Accedit auctoritas Ulpiani in *l. si quis uxori* §. *neque verbo ff. de furt. Neque verbo, neque scriptura quis furtum facit: hoc enim jure utimur, ut sine contrectatione furtum non fiat.* Hæc verba comprehendunt etiam eum, qui rem habet in potestate: tum quia generalia sunt: tum quia magis huic conveniunt, quam ei, qui rem non detinet. Quis enim tam fatuus est, ut verbis, vel scriptura profiteatur, se furtum fecisse? Aut quis dubitare possit, eum non facere furtum. Quam absurde tam manifestam sententiam confirmasset Ulpianus illis verbis: *hoc enim jure utimur &c.* Agitur ergo ibi de illis, qui cum rem detineant, negant se accepisse, vel reddituros quod acceperunt. Hos autem negat furtum facere, quia non contrectant, & hoc jure utimur, ut sine contrectatione furtum non fiat. Merito confirmat sententiam suam hac regula in Jure ab omnibus recepta, quia res habet in se difficultatem: & ideo etiam Paulus in no-
10 stra *l.* 3. id confirmavit auctoritate Sabini, & Cassii & plerorumque Veterum, qui eadem prorsus ratione movebantur, *quia furtum sine contrectatione fieri non potest.* Constat ergo, furtum non facere eos, qui verbo, vel scriptura negant reddere quod detinent. Nec dubitari potest, hic agi de illis, qui negant animo furti faciendi: alioquin enim dixisset Ulpianus, eos furtum non facere, quia sine animo furtum non fit. Absurde confugisset ad necessitatem contrectationis, si deesset solus animus; si ideo furtum non fieret, quia animus deficeret. Falsa esset & inepta ratio illa, si furto obstaret animi defectus, non defectus contrectationis.

In eandem sententiam ivit Celsus in 11 *l. inficiando. in princ. ff. de furt. Inficiando nemo furtum facit: neque enim furtum est ipsa inficiatio, licet prope furtum est: sed si possessionem ejus adipiscatur intervertendi causa facit furtum.* Non potest dubitari, in hac lege agi de depositario, qui inficiatur animo furandi. Ait, quod ejus inficiatio prope furtum est. Atqui hoc omnino falsum esset, si deesset animus furti faciendi. §. *placuit Inst. tit. de oblig. quæ ex del.* §. *item si is. de usucap. l. qui injariæ* 53. *in princ. ff. de furt.* Nemo igitur inficiando depositum facit furtum, etsi habeat affectum furandi. Ac ne possessionem quidem adipiscitur. Si enim hoc ipso adipisceretur possessionem, quod depositum inficiatur, inepte, imo falso subjecisset Celsus illa verba: *sed si possessionem adipiscatur intervertendi causa furtum facit.* Hæc omnino supponunt depositarium inficiando depositum, non adipisci possessionem, quemadmodum traditum est a Paulo in nostra *l.* 3. Ergo præter inficiationem requiritur aliquis actus, quo possessio intervertatur.

Sed scrupulum quibusdam injiciunt 12 verba, quæ subsequuntur. *Nec refert in digito habeat annulum, an dactyliothecæ, quem cum deposito teneret, habere pro suo de-*

destinavit. Sed supponendum est, eum habere præ manibus, aut in crumena dactyliothecam, sicut supponitur habere in digito annulum; ut exemplum respondeat his, quæ antecedunt. Si secum habeat annulum, aut dactyliothecam, sufficit ut annulum pro suo habere destinet, quia annulum, quem secum habet, contrectat: & contrectando intervertit possessionem, licet annulus conditus sit in dactyliotheca *l. qui saccum ff. de furt.* Quod si quis alteram lectionem præferat: *nec refert in digito habeat annulum, an dactyliothecam:* res erit expedita. Quam lectionem adjuvat Plinii locus *lib. 37. c. 1. Gemmas plures, quod peregrino nomine appellant dactyliothecam, primus omnium habuit privignus Syllæ Scaurus.* Dubitabam olim, an Celsus, qui Proculejanus erat, potuerit fortasse ab aliis dissentire. Certe Paulus in nostra *l. 3.* citat Sabinum, & Cassium. Cassius autem Sabini discipulus fuit *l. 2. §. ult. vers. & Sabino ff. de orig. Jur. l. qualem §. nunc videndum ff. de rec. arbitr.*

13 Sed ad rem redeamus. Non sufficere solam contrectandi potestatem demonstrant Veteres, qui requirunt ipsam contrectationem etiam quotiescumque res est in nostra potestate: quo casu solum animum requirere deberent. *In l. si servus 14. §. bove surrepto ff. de condict. furt. Bove surrepto, & occiso, condictio & bovis, & corii, & carnis domino competit: scilicet, si & corium, & caro contrectata fuerunt.* Contrectatus fuit bos: non sufficit: contrectari debet & corium, & caro. In *l. facienda 8. §. igitur ff. arbor. furt. cæs. igitur si ceciderit, & lucri faciendi causa contrectaverit, etiam furti tenebitur lignorum causa.* In *l. 3. ff. rer. amot. Et ideo si post divortium easdem res contrectat, etiam furti tenetur.* In *l. Marcellus 11. ff. eod. sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit, & res amoverunt, rerum amotarum tenentur.* In *l. eum qui 14. §. Julianus ff. de furt. Non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo ejus esse cœperit, qui eam contrectavit. l. ancilla 60. ff. eod. Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intelligitur, ita partum quoque contrectando furtum facit.* Non dissimilia sunt responsa in *l. 1. §. 1. ff. si is qui testam. lib. in l. servi 17. §. 1. in l. fullo 82. in princ. ff. de furt. in §. furtum Inst. tit. de oblig. quæ ex del.* ubi Justinianus in depositario non solum requirit, ut contrectet rem depositam: sed etiam id explicat exemplo ejus, qui re deposita utitur, ut demonstret, requiri actum corporis, & veram contrectationem.

Neque defendi potest, detentionem conjunctam animo furandi esse speciem contrectationis. Hoc enim falsum esse ipsa loquendi ratio a veteribus semper usurpata convincit, qui numquam usi sunt verbo *detentionis*, semper autem *contrectationis*: convincit etiam ipsa verbi significatio; nam *contrectare*, seu *attrectare*, ut Veteres dicebant, est manibus tractare, & tangere. Quocirca recte Theophilus hanc contrectationem dixit ψηλάφησιν, indicans actum palpandi, & attrectandi rem manibus. Item cum Sabinus existimavit etiam rerum immobilium furtum fieri, ut refert Gell. *lib. 11. c. 18.* reprobata fuit ejus sententia *l. quam rem 38. in fin. ff. de usucap. l. verum ff. de furt.* quia res immobiles loco moveri, & contrectari non possunt. 14

Sed omnium luculentissime Pauli sententiam confirmat distinctio tradita in *l. certi condictio 9. cum l. seq. ff. de reb. cred.* Deposui apud te pecuniam, postea conveni, ut ea, tamquam mutua utereris: statim mutua fit. Contra si ab initio, cum deponerem, permisi tibi uti cum voles, non fiet mutua sola voluntate, nec sola voluntate dominium & possessionem acqui- 15

quiris; sed tunc cum eam loco moveris. Nimirum ad acquirendum dominium & possessionem, non sufficit animus intus latens: sed necesse est ut erumpat in aliquem actum externum, quo animus ille declaretur: maxime cum agitur de possessione alteri auferenda. Requiritur ergo animus aut cum præsenti conventione, aut cum præsenti contrectatione conjunctus. Animus autem ab omni facto disjunctus nullum habet effectum. Facile enim hæc acquisitio impeditur. Quapropter licet thesaurus in meo fundo conditus sit in mea potestate; & a nemine possideatur *l.* 3. §. *Nerva l. Pomponius* 13. *l. si rem mobilem* 47. *ff. de acquir. poss.* Tamen quia perfecte sub custodia mea non est, ejus possessionem non acquiro, nisi loco moveam *l.* 3. §. *quidam putant ff. eod.*

16 Quæ de mutuo tradita sunt in *d. l. quod si ab initio ff. de reb. cred.* multo magis statuenda sunt in furto. Primum, quia furtum definitur contrectatio fraudulosa, *l.* 1. §. *ult. ff. de furt.* §. 1. *Inst. de obl. quæ ex del.* adeoque de essentia furti est contrectatio: eaque fraudulosa. Licet autem supponamus præcessisse apprehensionem ex causa depositi, tamen illa non est ejusmodi contrectatio, cujusmodi in furto requiritur. Ea enim facta fuit bona fide, & justa de causa, & volente domino: ac propterea nullam fraudem habet adjunctam. Nec fraus, & mala fides superveniens retrotrahitur ad initium. *l. un. ad fin. C. de usuc. transform. l.* 2. §. *si defunctus ff. pro empt.* §. *diutina Inst. tit. de usucap.* Nec fingi potest nunc facta contrectatio. Si enim non fingitur in contractu *d. l. quod si ab initio*: quanto minus fingi debet in delicto. Est enim odiosum, nec fingi potest, factum fuisse quod factum non est, & puniri qui vere non fecit. Nec eadem est ratio possessionis acquirendæ ex conventione. Nam possessio est detentio rei: detentio autem habet tractum temporis, & tamdiu durat, quamdiu res est in nostra potestate. Ergo quandocumque superveniat animus, conjungitur cum præsenti detentione *l.* 3. §. *Neratius ff. de acquir. possess.* & implet quod detentioni, & naturali possessioni deerat. *d.* §. *Neratius.* Contra in furto requiritur contrectatio, quæ non habet tractum temporis, nec diutius durat, quam quamdiu res attingitur. Quocirca fraus postea superveniens non potest conjungi cum contrectatione, quæ multo ante præcessit. Quamobrem deest contrectatio fraudulosa, quia quo tempore supervenit fraus, res amplius non contrectatur.

Præterea si requiritur motio, & attre- 17
ctatus, ut depositum transformetur in mutuum, hoc est in alium contractum valde similem *l. Lucius Titius* 24. *l. seq.* §. 1. & *l. Publia Mævia* 26. §. 1. *ff. depos.* in contractum, in quo singularia multa recepta sunt *l. singularia ff. de reb. cred.* quanto magis eadem requiretur ut depositum transformetur in delictum? Illa transformatio fit voluntate domini, ac propterea facilius transferri debet possessio, ut initio probavimus. Hæc fieri debet invito domino, quod multo difficilius admittitur.

Denique conventio est essentia contractus *l.* 1. *ff. de pact.* Et licet ad mutuum contrahendum requiratur etiam traditio: tamen eadem traditio requiritur etiam in deposito. Præcessit igitur traditio, quæ in mutuo necessaria est: & quidem simul cum conventione transformandi depositum in mutuum. Et ta- 18
men hæc non sufficiunt sine nova contrectatione. Contra essentia furti est contrectatio. Et quamvis etiam affectus furandi requiratur §. *placuit Inst. tit. de obl. quæ ex del.* tamen in hoc non consistit essentia delicti: nemo enim cogitationis pœnam pati debet. *l. cogitationis ff. de pæn.* Eleganter Cato apud Gell.

Gell. *lib.* 7. *cap.* 3. *Neminem, qui male facere voluit, plecti aequum est: nisi quod factum voluit, etiam fecerit. Facta sola censenda esse, atque in judicium vocanda: voluntates nudas, inanesque negligendas, nec pœnis obnoxias esse.* Delictum igitur, adeoque etiam furtum in facto consistit. Nec factum traditionis præcedentis furtum constituere potest: quia hujusmodi factum, nedum furto non convenit, sed maxime repugnat. Subripi enim, & auferri res in furto debet, non recipi a tradente. Ab invito debet auferri, non a volente suscipi. *l. qui vas* 48. §. *qui ex voluntate ff. de furt.* §. *sed etsi credat* 8. *Inst. de obl. quæ ex delict.* Optime Papinianus in *l. procurator* 55. *ff. mand. Procurator, qui non res inclusas subtraxit, sed sibi traditas non reddidit, judicio mandati, non furti tenetur.* Etenim nisi contrectet res inclusas lucrandi animo, furtum non facit: quia præcedens traditio volente domino facta, non est idonea ad furtum faciendum.

19 His probe constitutis, legum, quæ initio opponebantur, prompta, atque expedita videtur explicatio. Primum enim animadvertere oportet, aliam quæstionem a nostra longe diversam tractari in *l. si rem mobilem* 47. *& in l. si quis rem* 20. *ff. de acquir. poss.* In illis non adducitur in controversiam, an solo animo possessio intervertatur. Quocirca (ut aiunt in scholis) supponendi sunt termini habiles; hoc est, supponendum est, ibi concurrisse ea omnia, quæ requiruntur ad intervertendam possessionem: licet non exprimantur. In *l. si rem mobilem* proponitur differentia inter res mobiles, & immobiles quoad acquirendam possessionem, aut amittendam. In lege præcedenti statuerat Papinianus, ignorantem non amittere possessionem rei immobilis. Nam rei immobilis possessionem amittimus, si aut dejecti fuimus, aut ab occupante exclusi cum revertimur, vel si abjicimus animum revertendi, *l. naturaliter ff. de usurp. & usuc. l.* 1. §. *interdictum autem ff. de vi l. clam possidere. in fin l. etsi nolit. ff. de acquir. vel am. poss.* Ceterum quandiu ignoramus, possessionem ab alio occupatam fuisse, eam non amittimus. Et hoc statuitur in *l. quamvis saltus* 46. *ff. eod.* quæ præcedit hanc legem. Hoc constituto quærit deinceps Papinianus in nostra *l. si rem* 47. an idem dicendum sit de re mobili. Et ait rei mobilis possessionem amitti etiam ab ignorante. Itaque si depositarius aut commodatarius ignorante domino invadunt rem depositam, aut commodatam, confestim intervertunt possessionem. Hæc est ejus legis sententia. Licet igitur supponat Papinianus interverti possessionem statim ac illi sibi rem possidere, eamque non reddere constituerunt; tamen, ut dixi, supponendi sunt termini habiles: hoc est, eos non solo animo constituere sibi rem habere; sed accedente facto aliquo contrectationis aut loco motionis. Neque enim ibi tractatur ea quæstio; an solo animo possessio intervertatur: sed an intervertatur ignoranti. Itaque supponendum est, concurrere ea, quæ sunt necessaria ad intervertendam possessionem. Quemadmodum cum in Jure nostro enunciatur, furti teneri eum, qui contrectat. *l. eum qui* 14. §. *Julianus l. fullo.* 82. *in princ.* & passim. *ff. de furt. l. si servus* §. *bove ff. de condict. furt.* supponendum est, eum habere animum furandi, quia sine affectu furandi furtum non faceret §. *placuit Inst. tit. de obl. quæ ex del.* Ita cum hic traditum sit interverti possessionem ignoranti, supponendum est, concurrere contrectationem.

Et hac mente ea se protulisse indicat idem Papinianus in ea ipsa lege. Sic dicit enim. *Cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta, atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum affer-*

ferre consuevit. Hoc argumento probat verum esse, quod dixerat. Si amittit possessionem rei mobilis, qui ejus custodiam omittit, ac negligit, quamvis eam nemo alius invaserit: multo magis illam amittit, cum alius eam invadit. Supponit igitur, depositarium, & com-
20 modatarium rem invasisse. Invadendi verbum demonstrat actum corporeum apprehensionis, & contrectationis, *l.* 3. §. *si autem ff. de vi & vi arm. l.* 1. §. *socius ff. de usur. l.* 5. *C. unde vi.* Cic. 3. *in Verr. Iste quod argenti placuit invasit: quae mancipia voluit, abduxit*, & in 2. *Philip. In multas praeterea pecunias alienissimorum hominum, ejectis veris haeredibus tamquam haeres esset, invasit*.

21 Alia pariter quaestio tractatur a Marcello in *l. si quis rem* 20. *ff. de acquir. poss.* in *libro* XIX. *Digestorum* Marcellus tractabat eam quaestionem, an illi qui rem alienam detinent, eamque jussu domini non tradunt ei, cui jussit, semper intervertant dominum possessione. De commodatario agit in nostra *l. si quis rem* 20. De depositario in *l.* 1. §. *est autem ff. depos.* De colono in *l. colonus ff. de vi & vi arm.* Et in his omnibus distinguit. Aut nullam habebant causam non tradendi rem jussu domini, & possessionem intervertunt; aut habebant probabilem & rationabilem causam non restituendi, & eam non intervertunt. Non quaeritur igitur, an intervertant solo animo: sed an cum causa, vel sine causa: & ideo supponere oportet, concurrere ea, quae sunt necessaria ad intervertendum: sicut expressim adjicitur in *d. l. colonus*, ubi colonus non admisit, adeoque dejecit missum a domino.

Antequam autem alio progrediamur, monendum est, fallax esse argumentum hujusmodi. Furtum est interversio possessionis; intervertitur possessio; ergo furtum fit. Nam & omnis homo est animal; non tamen omne animal est homo. Sed hoc omitto. Primum non semper in furto possessio intervertit possessionem, qui lucrandi usus causa contrectat; & tamen furtum facit. *l. qui jumenta* 40. *l. si pignore* 54. *in princ. l. fullo* 82. *ff. de furt.* §. *interdum Inst. tit. de oblig. quae ex delict. l. si sacculum* 29. *ff. depos. l. si ut certo* §. *sed interdum &* §. *quin imo l. in rebus. l. ult. ff. commod.* Labeo & Scaevola apud Gell. *lib.* 7. *cap.* 15. Exemplum refert Valer. Max. *lib.* 8. *c.* 2. *in fin.* Errant igitur qui de furto judicant non ex contrectatione, sed ex interversione possessionis. Furti enim essentia in contre- 22
ctatione consistit, non in possessionis interversione. Et ideo recte Paulus in nostra *l.* 3. a furto ducit argumentum ad possessionis interversionem, non ab interversione ad furtum; ibi *possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest*. Non intervertitur igitur possessio, quia furtum non fit. Neque contrarium est quod ait Scaevola in *l.* 1. §. *Scaevola ff. si is qui testam. lib.* Nam Scaevola solum negat fieri furtum, ubi nullus est possessor: non vero ducit argumentum ab interversione ad furtum. Etenim etiam rei, quae sine domino est, furtum non fit *l. ult. ff. expil. haered.* & tamen furtum non est interversio dominii: imo in furto non aufertur dominium *l. sive* 10. *ff. de condict. furt. l. alienum* 6. *C. de furt.* Praeterea furtum sine contrectatione non fieri manifesti Juris est *l. si quis uxori* §. *neque verbo ff. de furt. & nostra l.* 3. At vero quod furtum non fiat haereditati, quia nullus est possessor, magna fuit inter Veteres dissensio. Quamobrem cum Trebatius inter scyphos illusisset Ciceronem, quod hoc controversum esse dixisset: citat contrariae sententiae Auctores Sex. Aelium, M. Manilium, M. Brutum, qui putarunt haereditati furtum fieri. Sed Scaevolae sententia, quae fuit

fuit etiam Trebatii, recepta fuit ab Ulpiano, & Paulo. Inter Recentiores etiam valde disputatur, an aliquando fiat furtum, etsi nullus sit possessor. Nam in *l. falsus §. si jactum ff. de furt.* & in *l. si homo ff. de usuc.* furtum admittitur, licet nullus videatur esse possessor. Constat igitur, magis proprie convenire furto contrectationem, quam interversionem, adeoque non recte sentiunt, qui posthabita contrectatione solam interversionem possessionis spectandam esse arbitrantur, ut de furto judicetur.

23 Ad alia jam progrediamur. *In l. alienum C. de furt.* Imp. Alexander agit de eo, qui alienat servum alienum. Hunc autem furtum facere ait, si aut alienando servum contrectet: aut antequam alienet, apud se detineat: nempe si vel ipsum includat, vel eo utatur. Inanimata non contrectamus, nisi ea attingamus, aut loco moveamus. Servi, & animalia ipsa se loco movent, & cum vel ad nostrum nutum, vel a nobis coacta loco moventur, satis contrectari videntur. Itaque qui aliena pecora abigit, fur est. *l. 2. ff. de abig.* Et qui servum aut sponte sequentem ducit, aut cogit invitum, aut domi detinet, fur est, quia hoc ipso contrectat. Porro ridiculum esset existimare servi furtum non fieri, nisi cum manibus palpatur. Aufert domino servum, & qui secum ducit, aut agit, aut detinet tam volentem, quam invitum.

24 In *l. si quis uxori §. cum creditorem ff. de furt.* creditor pignus retinet, & celat. Celare dicitur is, qui rem amovet *l. si concubina §. 1. rer. amot. l. si stuprum ff. de injur. l. Neratius §. quamvis ff. de servo corrupt. l. non statim §. ult. ff. de leg. Fab. de plag. l. eum qui C. eod. l. adversus C. de furt.* Quod in ea lege dicitur celandi animo retineri, dicitur celandi animo contrectari in *l. res communis 45. ff. pro soc.* Celandi actus corporeus est, & involvit ablationem, occultationem, contrectationem *l. si de eo fundo §. servum ff. de acq. poss.*

In *l. falsus §. si is qui indebitum ff.* 25
de furt. volens solvebat indebitum, adeoque ipse desinebat animo possidere, nec invito possessio auferebatur. Hoc casu possessio etiam oculis & affectu acquiritur *l. 1. §. si jusserim ff. de acquir. poss.* dummodo res præsens sit, & apprehendi possit. *l. clavibus ff. de contr. empt. l. prædia ff. de acquir. poss.* Elegans in hanc rem Javoleni responsum in *l. si pecuniam 79. ff. de solut. Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut & tu statim libereris, & mea esse incipiat: nam tum quod a nullo ejus rei possessio corporaliter detinetur, acquisita mihi, & quodammodo manu longa tradita videtur.* Mihi igitur tradita videtur, & a me tangi, & contrectari, cum in conspectu ponitur. Tacit. *lib. 3. Nam quo pertinuit nudare corpus, & contrectandum vulgi oculis permittere.* Gell. *lib. 6. cap. 8. Vetuit in conspectum suum deduci, ut eam ne oculis quidem suis contingeret.* Et quamvis pecunia non ipsi, sed alteri solvatur, tamen cum ejus jussu solvatur, ipsi solvi videtur, & ab eo alteri tradi: & celeritate conjungendarum actionum altera occultatur: ut optime explicat Ulp. in *l. 3. §. pen. & ult. ff. de don. int. vir.*

In *l. si is qui rem 66. §. eum qui ff.* 26
de furt. qui mulionem in Jus vocavit, dolo malo furti tenetur, non quia furtum fecerit, sed quia ope, & consilio ejus furtum factum fuit. Nam mulionem dolo malo in Jus vocavit, ut interim ab alio mulæ subriperentur: adeoque furti tenetur *§. interdum quoque Inst. tit. de oblig. quæ ex delict. l. in furti actione §. 1. & seqq. ff. de furt.*

Ad exemplum fugitivi facile respon- 27
detur. Fugæ nomen non tam consilii, quam facti est, *l. bovem §. 1. ff. de Ædilit. Edict.* & fugitivus intelligitur non

non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu. *l. fugitivus* 225. *ff. de V. S.* Sed actus, qui requiritur, non est loco motio, sed mansio extra domum domini *l. quid sit fugitivus. in princ. ff. de Ædil. Edict.* ibi *quid sit fugitivus definit Ofilius. Fugitivus est, qui extra domini domum fugæ causa, quo se a domino celaret, mansit.* Cum igitur fugitivus definiatur is, qui manet extra domini domum: necesse est, ut qui fugæ causa abductus est imprudens, aut invitus, si postea re cognita redire nolit; & fugæ causa extra domum domini maneat, sit fugitivus. Contra furtum non est retentio rei alienæ, sed contrectatio.

28 Ad Gellii auctoritatem facile respondetur. Nititur ille auctoritate Sabini, quem constat existimasse furtum non fieri sine contrectatione: ex nostra *l.* 3. *§. si rem.* Constat igitur, Gellium agere de eo, cujus ope & consilio furtum fit; ex exemplis, quæ affert ex Sabino: & ideo ait, *sola mente atque animo, ut furtum fiat, annitente.* Non igitur ille furtum facit, sed ope, & consilio annititur, ut ab alio furtum fiat.

Plauti autem auctoritati non est deferendum, qui putat etiam errantem, sine animo furandi, furti obstringi.

CAPUT XXIX.

Ad l. si quis conduxerit 46. ff. Locat.

SUMMARIUM.

I. *Conductio facta uno nummo nulla est, siquidem nulla sit proportio unius nummi ad usum rei, qui in locatione conceditur, & nummus intervenit ad simulandam locationem, secus vero si conductionis justa merces sit nummus.*

II. *Inter virum & uxorem donationis causa imaginaria venditio contrahi non potest.*

III. *Quando quis non decipiendi causa, sed animo donandi in iis causis, in quibus donatio non est interdicta, nummo uno conduxit aut emit, licet contractus non valeat jure locationis, vel venditionis, valet jure donationis.*

IV. *Nummus pro re minima habetur, & unde dictus sit* sestertius.

V. *Donatio antiquitus fiebat nummo uno sestertio, sed hoc Justinianus sustulit.*

VI. *Solemnitates, quæ adhibebantur in mancipatione, sine quibus res alienari non poterant.*

VII. *Præter mancipationem inventus est alter solemnis modus abalienationis, quæ dicebatur in Jure Cessio, cujus solemnitates referuntur. Explicatur* §. Aliæ autem Instit. tit. de Donat.

VIII. *Per mancipationem, & imaginariam illam venditionem omnes fere actus expediebantur, nam & testamenta, & emancipationes, & adoptiones fiebant.*

IX. *Locatio & venditio facta uno nummo, quare non valeat.*

X. *Rejicitur interpretatio illa, quod locatio uno nummo facta non valeat, quia merces consistere debeat in pecunia numerata, qualis non est unus nummus: qua occasione recensentur multa, quæ minoris venibant quam uno nummo, & de vilitate rerum, quæ antiquitus erat.* Vinum tricotylum *apud Hesychium est, cujus tres cotylæ uno obolo venibant.*

XI. *Etsi de substantia emptionis sit pretium in pecunia numerata, tamen non est de ejus substantia quod pretium sit justum; ideo venditio viliori pretio facta donationis causa subsistit.*

XII. *Locatio etiam valere debet, si minore mercede fiat donationis causa, quia eædem regula locum habent in locatione, quæ in venditione.*

XIII. *Ut venditio aut locatio non subsistat, necesse est, universam venditionem, aut locationem donationis causa factam esse.*

ULpianus in *l. si quis conduxerit* 46. *ff. loc.* ait: *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia & hoc donationis instar inducit.* Idem confirmat in *l. si quis ante* 10. *§. ult. ff. de acquir. vel am. possess. Si quis & conduxerit, & rogaverit precario ut possideret: siquidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quæ est in uno nummo.*

Quid hoc rei est? annon potest res uno nummo conduci? Certe coquus ille

apud Plautum *in Aulularia* nummo conductus erat.

Nummo sum conductus, plus jam medico mercede opus est.

Neque assentior doctissimo Lambino, qui hoc accipit de nummo aureo. Quis enim credat, senem avarissimum, & pauperrimum coquum nummo aureo conduxisse, ut agnum macrum coqueret: aut coquum seni exprobraturum, se nummo aureo conductum fuisse? Pomponius quoque admittit locationem, seu venditionem usufructus uno nummo factam in *l. si usufructus 66. ff. de jure dot. §. ult.*

1 Sed verissime dictum est ab Ulpiano, nullam esse conductionem uno nummo factam, si recte id accipiatur. Neque enim hoc intelligendum est de ea conductione, cujus justa merces sit nummus unus: sed de conductione prædii, vel domus, vel cujuslibet rei, in qua nulla sit proportio nummi unius ad usum rei, qui in locatione conceditur. Tunc enim nummus ille non est merces locationis, sed dicis gratia intervenit ad fingendam simulandamque locationem, ut traditum est in *l. 4. ff. commodat.* Præterea lex illa non debet accipi de ea locatione, quæ urgente necessitate fit, ne Juris regulæ pervertantur, cujus locationis exemplum proponitur in laudata *l. si usufructus 66. §. ult. ff. de jur. dot.* Est igitur id ab Ulpiano dictum de ea locatione, quæ est imaginaria, in qua nummus non mercedis causa, nec ut satisfiat subtilitati Juris, sed simulandæ locationis causa intervenit. Veluti si maritus uxori donaturus ei locet fundum, vel domum uno nummo *l. creditor 20. C. de donat.*

2 *inter vir. & uxor.* Paul. *lib. 2. Sentent. tit. 23. Inter virum & uxorem contemplatione donationis imaginaria venditio contrahi non potest.* Vel si alicujus decipiendi causa locatio, aut venditio simuletur. *Nuda* enim *& imaginaria venditio pro non facta est, & ideo nec alienatio ejus rei intelligitur, l. nuda ff. de contrab. empt.* cujus rei exempla proponuntur in *l. & qui sub imagine 10. C. de distract. pignor.* in *l. qui per collusionem 49. ff. de action. empt.*

Quod si quis non colludendi causa, nec cujusquam decipiendi, sed animo donandi in iis causis, in quibus donatio non est interdicta, locationem, venditionem nummo uno contraxerit, licet contractus non valeat jure locationis, vel venditionis, valebit tamen jure donationis: ut in *l. 1. §. Divi Fratres ff. de quæstion.* & in *l. cum in venditione ff. de contrab. empt.* ubi Ulpianus ait, quod ille, qui pretium statuit donationis causa non exacturus, non videtur vendere: non tamen negat valere contractum jure donationis, quæ hodie sola conventione perficitur *l. si quis argentum C. de donat.* Itaque licet donationis causa venditio, & locatio non contrahantur *l. sicut emptio ff. locat.* tamen nihil impedit valere donationem *l. empti in fin. C. de contr. empt.* 3

Atque huc pertinent verba illa nostræ legis: *quia & hoc donationis instar inducit*; hoc est, nummus ille, qui præstatur in locatione, non est loco mercedis, sed instar donationis; sicut enim locator donat conductori usum rei locatæ: sic conductor donat nummum illum locatori. Donatio tamen est ex parte locantis, non conducentis, quia nummus, qui a conductore præstatur, pro nihilo est. Cic. *ad Attic. lib. 5. ep. 21. Rationes conferatis: assidunt, subducunt, ad nummum convenit.* Et *pro Q. Rosc. Comœd. Hic tu si amplius sestertio nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti.* Et *pro Rabir. Ecquis est ex tanto populo qui bona C. Rabirii Posthumi nummo sestertio sibi addici velit.* Semper igitur pro re minima ponitur nummus sestertius. Et merito: continebat enim duos asses cum semisse, unde dictus est *sestertius*, quasi *semis tertius*. 4

Qua-

5 Quamobrem Veteres cum donationis causa aliquid concedebant, id nummo sestertio addicebant. Valer. Max. *lib.* 5. *M. Cornuto Praetore funus Hircii, & Pansae jussu Senatus locante, qui tunc Libitinam exercebant, tum rerum suarum usum, tum ministerium suum gratuitum polliciti sunt; quia ii pro Rep. dimicantes occiderant, perseverantique postulatione extuderunt, ut exequiarum apparatus sestertio nummo ipsis praebentibus addiceretur.* Sueton. *in Caesar. Bello civili super alias donationes amplissima praedia nummo addixit.* Vitruv. *lib.* 1. *cap.* 4. *in fin. M. Hostilius rationibus doctissime quaesitis secundum mare mercatus possessionem loco salubri a Senatu, Populoque Romano petiit, ut liceret transferre oppidum, constituitque moenia, & areas divisit; nummoque sestertio singulis municipibus mancipio dedit.* Vetus Inscriptio Urbis Romae, quam affert doctissimus Cujac. *lib.* 10. *Observ. cap.* 37. *Hoc monumentum L. Titurius Sabinus se vivo donavit L. Sanio Symphoro, mancipavitque sestertio nummo uno.* Quare in donationibus etiam Justiniani tempore solebant apponi verba illa *Sestertii nummi unius, assium quatuor*: vel ut Cujac. ex Basilicis emendat *sestertio nummo uno assium quatuor.* Tunc enim sestertius erat quatuor assium, ac verba illa significabant rem addictam fuisse nummo uno. Quae verba tamquam superflua sustulit Justinianus *in l. ult. C. de donation.* Superflua autem erant ea aetate, quia non amplius erant in usu solemnes illae mancipationes in donationibus necessariae, maxime cum donationem sola conventione consistere constituerit idem Justinianus in *l. si quis argentum C. de donat.*

6 Origo igitur addicendi res donatas nummo uno, est a veteri solemnitate mancipationis, in qua imaginaria venditio interveniebat, & ideo vel assis, vel nummus erat necessarius, qui imaginem pretii repraesentaret. Cajus *Inst. tit.* 6. *Mancipatio autem, hoc est, manu traditio, quaedam similitudo venditionis est.* Boet. *in Topic. Ciceron. Mancipatio imaginaria quaedam venditio est: quod ipsum Jus proprium Romanorum est Civium.* Varr. *lib.* 8. *de Ling. Lat. Pro assibus nonnumquam aes dicebant Antiqui, a quo dicimus, assem tenentes: hoc aere aeneaque libra.* Erant haec verba, quae proferebat ille, qui rem accipiebat. Sed nemo clarius mancipationis solemnitatem explicat Cajo nostro *l.* 1. *Instit.* cujus verba refert Boetius *in Topicis.* Ejusdem Caji *lib.* 1. *Inst.* de nexu faciendo haec verba sunt: *Est autem mancipatio, ut & supra quoque indicavimus, imaginaria quaedam venditio, quod ipsum Jus proprium Romanorum est Civium: eaque res ita agitur. Adhibitis non minus quinque testibus Civibus Romanis puberibus, & praeterea alio ejusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens; is, qui mancipium accipit, aes tenens ita dicit: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo: isque mihi emptus est hoc aere, aeneaque libra. Deinde aere percutit libram: idque aes dat ei, a quo mancipium accipit, quasi pretii loco.* Cum autem ex lege duodecim Tabularum res alienari aliter non potuerit, nisi adhibita hac solemnitate mancipationis, ut testatur ibidem Boetius, hinc frequentissimus usus hujus imaginariae venditionis nummo uno, vel uno asse. Postea inventus est alter mo- 7
dus solemnis, in Jure cessio, per quam pariter fiebat abalienatio, & dominium de jure Quiritium transferebatur. Cic. *in Topic. Abalienatio est ejus rei, quae mancipi est, aut traditio alteri nexu, aut in Jure cessio, inter quos ea Jure Civili fieri possunt.* Cessionis solemnia describit idem Boetius. *Apud Magistratum Populi Romani, vel apud Praetorem, vel apud Praesidem Provinciae is, cui res in Jure ceditur, rem tenens, ita vindicat: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum*

meum esse ajo. Deinde postquam hic vindicaverit, Prætor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet: quo negante aut tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit: idque legis actio vocabatur. Itaque etiam in donationibus res aut mancipabatur, aut addicebatur nummo sestertio; ut rei dominium de jure Quiritium transferretur in donatarium. Hinc Justinianus in Institutionibus donationem recenset inter modos acquirendi dominium de Jure Civili, & in §. *aliæ autem Instit. tit. de donat.* ait: *& ad exemplum venditionis eas etiam in se habere necessitatem traditionis*. Sicut enim olim propter imaginariam venditionem donatio transferebat dominium de Jure Quiritium, & necessitatem continebat, quia donator nexu obligabatur: ita post sublatas imaginarias venditiones voluit Justinianus ad exemplum venditionis donationem continere necessitatem traditionis.

8 Porro mancipationis, & imaginariæ illius venditionis erat apud Veteres tam assiduus usus, ut nihil propemodum expediretur sine ea. Nam & testamenta per æs & libram fiebant, in quibus hæres defuncti substantiam emebat *princ. tit. Instit. de testam.* Et in emancipationibus liberorum interveniebant imaginariæ venditiones §. *præterea Instit. tit. quib. mod. jus patr. pot. solvit. l. ult. C. de emancip.* Et in adoptionibus *l. ult. C. de adoption.* Sueton. *in Augusto. Adoptavit & Lucium, & Cajum domi emptos per æs & libram a Patre*. & denique in omni fere alienatione rerum mancipi. Imo & obligationes contrahebantur, & dissolvebantur. Varro *lib. 6. de Ling. Lat. Nexum Manilius scribit, omne quod per libram & æs geritur, in quo sint mancipi. Mucius Scævola: quæ per æs & libram fiant, ut obligentur, præterquam, quæ mancipio dentur. Hoc verius esse, ipsum verbum ostendit, de quo quæritur. Nam idem, quod obligatur per libram, neque suum sit, inde Nexum dictum*. Cic. *pro Muræna. Quod si in iis rebus repetendis, quæ mancipi sunt, is periculum judicii præstare debet, qui se nexu obligavit*. Liv. *lib. 6.* de Marco Manlio, qui addictum liberavit. *Inde rem creditori palam Populo solvit, libraque & ære liberatum emittit*. Fest. Pomp. in voce *Nexum. Nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs & libram geritur; idque necti dicitur, quo in genere sunt hæc, testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Nexum æs, apud Antiquos dicebatur pecunia, quæ per nexum obligatur.*

Juxta hunc usum imaginariarum venditionum introductum fuit, ut qui vellet aliquid donare, simularet venditionem, & locationem nummo uno factam privatim, & inter privatos; quo casu cum non haberet animum locandi, aut vendendi, & eum in venditione & locatione non intervenirent ea, quæ sunt de earum substantia, nempe pretium, & merces, quia nummus ille dicis caussa dabatur, utique non poterant consistere contractus venditionis & locationis: Adeoque nulla erat venditio, nulla locatio. 9

Ex his constat, futilem esse, & subtilem potius, quam solidam rationem illam, quam quidam magni Viri excogitarunt: quod merces consistere debet in pecunia numerata, nummus autem unus non est pecunia numerata, quia unitas non constituit numerum: hac enim ratione nec nummo aureo quicquam emi, aut conduci posset: licet enim nummus aureus contineat plures denarios, tamen & nummus argenteus plures asses continet. At hoc dicere absurdum est. Quid? nonne assis minor est nummo sestertio? Sestertius enim etiam antiquitus duos asses cum semisse continebat. An igitur dicemus, nullam fuisse emptionem, de qua Martialis: 10

Asse duos calices emit, & ipse tulit?

Quid? quam multa sunt apud nos, quæ quadrante æstimantur, & quotidie emuntur,

tur, ut poma, olera, & pleraque alia hujus generis? An igitur dicemus, harum rerum nullam esse venditionem, quia pretium debet consistere in pecunia numerata, & hoc est de substantia emptionis *l. pacta conventa ff. de contr. empt.* in quadrante autem non consistat pecunia numerata? Certe si pecunia numerata non consistit in nummo uno, multo minus consistet in uno quadrante, qui decima pars est unius nummi. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. *M. Varro auctor est cum L. Metellus in Triumpho plurimos duxit Elephantos assibus singulis farris modios fuisse, item vini congios, ficique siccæ pondo triginta; olei pondo decem; carnis pondo duodecim.* Refert idem Plin. *lib.* 15. Anno Urbis conditæ 505. Appio Claudio Cæci Nepote, & L. Junio Coss. olei libras duodenas assibus venisse. Narrat & Plutarcus in Lucullo, mancipium quatuor drachmis, bovem una, cetera pari vilitate fuisse, cum Lucullus victo Mithridate prædas e Ponto egit. Polybius *lib.* 2. de fertilitate Galliæ Cisalpinæ narrat suis temporibus in ea Regione viatores nihil cum diversore aut hospite pacisci solitos, sed bene & laute habitos solvisse dimidiatum assem. Solonis tempore Athenis ovis una drachma vendebatur, ut refert Plutarch. in Solone: *vinum tricetylum* apud Hesychium dicitur, cujus tres cotylæ obolo venibant. Num igitur harum rerum nulla erat emptio & venditio, ea subtili ratione, quia unitas non est numerus, sed principium numeri?

11 Præterea potest donationis causa pretium minui, neque hoc repugnat substantiæ emptionis; quia etsi de ejus substantia sit pretium in pecunia numerata *l. pacta conventa ff. de contr. empt.* tamen de substantia emptionis non est, ut pretium sit justum; quantitas enim pretii omnino pendet a voluntate contrahentium, quorum conventione in hoc contractu pretium definitur, quod augetur, minuiturve pro affectu, commoditate & sagacitate contrahentium. *l. in causæ* 16. §. *idem Pomponius ff. de minor. l. item si pretio* 22. *in fin. & l. seq. ff. loc. l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vend.* Itaque venditio viliori pretio facta donationis causa subsistit. *l. si quis donationis* 38. *ff. de contr. empt.* Eademque ratione valere debet & locatio, si minore mercede fiat donationis causa, cum eædem regulæ locum habeant in locatione, quæ in venditione. *princ. tit. Inst. de locat.* Finge igitur aliquem solitum locare operam suam duobus, aut tribus nummis, & donationis causa viliori mercede locare, nempe uno nummo: an non valebit locatio? Ut enim venditio seu locatio non subsistat, necesse est, universam venditionem donationis causa factam esse, ut ait Ulpianus in *d. l. si quis donationis ff. de contr. empt.* Ideirco in nostra *l. si quis conduxerit ff. locat.* recte ait JC. *quia & hoc donationis instar inducit.* Nempe quia ut irrita sit locatio, necesse est, ut etiam nummus ille, qui loco mercedis esse deberet, donationis instar inducatur, ut initio exposuimus. Ita enim fiet, ut universa locatio donationis causa facta sit. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. *Minutius Augurinus, qui Sp. Melium coarguerat, farris pretium in trinis nundinis ad assem redegit, qua de causa statua ei extra portam Trigeminam a Populo stipe collata statuta est. Trebius in Ædilitate assibus Populo frumentum præstitit, quam ob causam & ei statuæ in Capitolio, ac Palatio dicatæ sunt: ipse supremo die Populi humeris portatus in rogum est.* En diminutio pretii donationis causa. Quare eleganter idem Plin. *ibid. Manius Marcius Ædilis plebis primum frumentum Populo in modios assibus donavit.* 12

13

CA

CAPUT XXX.

Ad princip. tit. Instit. de servit. prædior.

SUMMARIUM.

I. *Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum, vel vehiculum agendi.*

II. *Qui iter habet, potest non solum pedes, sed etiam equos commeare, & insuper sella, lecticave gestari.*

III. Basterna *apud Veteres erat ea, quam nos lecticam appellamus.*

IV. Burdones *sunt muli ex Equo & Asina.*

V. *Basternis sola Matronæ portabantur.*

VI. *Lectica & sella gestatoria non a jumentis portabatur; sed a servis, eorum cervicibus imposita.*

VII. *Ad sepulchrum iter, non actus constituebatur, quia mortui feretro, & sandapila efferebantur, quibus simillima erat lectica.*

VIII. *Jacentes in lectica portabantur; ideo* lectica *a* lecto *dicta est; & sæpe* cubile, torus, grabatum *appellatur; sedentes vero portabantur in sella gestatoria.*

IX. *Servi, qui lecticam aut sellam ferebant,* lecticarii *vocabantur.*

X. *Tot sunt stipulationes, quot res in stipulationem deductæ, sed stipulatio lecticariorum una est.*

XI. *Lecticæ ampliores ab octo servis portabantur, &* Octophora *dicebantur; quædam vero ferebantur a sex, &* Hexaphora *appellabantur; plerumque tamen a quatuor ferebantur;* sella *etiam a duobus, nam multo brevior erat.*

XII. Carrucæ *dissimiles erant lecticis; licet in lecticis etiam dormirent Veteres, & Scævola mentionem faciat Carrucæ dormitoriæ.*

XIII. *Carruca dormitoria quomodo constructa esset.*

XIV. *Quanta esse debeat latitudo Itineris, Actus, Viæ. In servitute itineris constitui potest latitudo, ut quis equo vehi non possit, dummodo ea pedes ire possit; ita pariter in servitute Actus ea latitudo, ut vehiculum ea inire non possit, dummodo tamen jumentum agi possit.*

1 I*Ter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum, vel vehiculum agendi. princ. tit. instit. de servit. præd. l. 1. in princ. ff. de servit. præd. rustic.*

2 Potest tamen ille, qui Iter habet, non solum pedes, sed etiam equos commeare, *l. inter Actum 12. ff. eod. tit.* &, quod magis est, etiam sella, lecticave gestari, quia hic ire, non agere dicitur *l. qui sella 7. ff. eod. tit.* Explicanda sunt hæc paulo accuratius, quam a nostris Interpretibus fieri soleat. Etenim apud nos lecticæ a mulis, ac burdonibus portantur; & qui lectica gestatur, vehiculum agit, quia nostra lectica vehiculi genus est, & a jumentis portatur. Itaque inter se pugnare videntur illæ leges, sed non ita est, ut modo demonstrabimus.

Quas nos lecticas vocamus, Veteres 3
dicebant *Basternas*. A *basto* dictæ Basternæ, *bastum* enim Græci dicebant, quicquid erat ferendo, ut notavit doctissimus Salmasius ad Lampridii Heliogabalum, quo nomine nos clitellas vocamus. Basternam describit vetus epigramma a Viris doctis hanc in rem prolatum.

Aurea Matronas claudit Basterna pudicas,
Quæ radians latum gestat utrumque latus:
Hanc geminus portat duplici sub robore burdo,
Provehit & modico pendula septa gradu.

Isidor. *orig. lib. 20. cap. 12. Basterna, vehiculum itineris, quasi viæ sterna mollibus stramentis est posita, a duobus animalibus deportatur.* Ad hanc referendus est textus in *l. item 49. in princ. ff. de legat. 3. Item legato continentur mancipia, puta lecticarii, qui solam matremfam. portabant; item jumenta, vel lectica, vel sella, vel Burdones.* Burdones
sunt muli ex equo, & asina, Isidor. *lib.* 4
12. cap. 2. In animantibus bigenera dicuntur, quæ ex diversis nascuntur, ut mulus ex equa, & asino, burdo ex equo, & asina. Itaque burdones in ea lege sunt muli ad Basternam. Continentur autem in legato, in quo uxori relicta sunt

sunt ea, quæ ipsius causa parata sunt, quia hoc legatum comprehendit ea omnia, quæ magis uxoris, quam communis, ac promiscui usus causa parata sunt *l. hoc legatum* 45. *ff. de legat.* 3. Basternis autem solæ Matronæ portabantur, ut constat ex superiori epigrammate, & aliis Scriptoribus, apud quos nusquam mentio hominum in Basternis, semper Matronarum. Ammian. Marcell. *lib.* 14. *Matronæ complures opertis capitibus, & Basternis per latera Civitatis cuncta discurrunt*. Vetus Interpres Juvenalis. *Basterna, vehiculum unde speculabantur Matronæ.*

5 (printed beside the line "nis autem solæ Matronæ portabantur,")

6 Lectica autem apud Veteres non a jumentis portabatur, sed a servis, eorum cervicibus imposita. Senec. *epist.* 49. *Non turba servorum lecticam tuam per itinera urbana, ac peregrina portantium.* & *epist.* 111. *Cohors culta servorum lectica formosis imposita calonibus*. & *lib.* 3. *de benefic. cap.* 4. *Quo tandem ab istis gerulis raperis, cubile istud tuam circumferentibus*. Plin. *ad Trajan. Illos ergo humeri, cervicesque servorum super ora nostra: te fama, te gloria, te Civium pietas, te libertas super ipsos Principes vehunt*. Clemens Alexandr. *Pædag. lib.* 3. *cap.* 4. οἱ δὲ τὰ φορεῖα εἰς ὕψος αἴροντες τοῦ γυναικῶν φοράδην βαστάζοντες Κελτοὶ πολλοί.

Multi Germani lecticas mulierum in altum tollentes, & cum impetu bajulantes.

Sella quoque gestatoria a servis portabatur eodem modo. Claud. *in* 4. *Consul. Honorii.*

Portatur juvenum cervicibus aurea sedes.

Juvenal. *Satyr.* 9.

——— *& duo fortes*
De grege Mæsorum, qui me cervice locata,
Securum jubeant clamoso insistere Circo.

Et passim occurrunt Poetarum testimonia. Quamobrem cum neque lectica, neque sella a jumentis veheretur, sed servorum humeris portaretur, recte dixit Jurisconsultus in *l. qui sella* 7. *ff. de servit. rust. præd.* eum, qui sella, aut lectica vehitur, ire, non agere: recteque constitutum est, eum, qui Iter habet, posse lectica, sellave ferri: hic enim neque jumentum agit, neque vehiculum. Quare & ad sepulchrum Iter constitui solebat, non Actus *l. servitutes prædiorum* 14. §. 1. *ff. de servitut.* Mortui enim feretro, & sandapila efferebantur, cui simillima erat lectica. Itaque apud Gellium *lib.* 10. *cap.* 3. bubulcus ille, cum Legatum lectica ferri videret, per jocum interrogavit, num mortuum ferrent. Et argute jocatur Martial. *lib.* 2. *epigr. in Zoilum.* 7

Laxior Hexaphoris tua sit lectica licebit,
Dum tamen hæc tua sit, Zoile, sandapila.

8 Jacentes enim, & cubantes in lectica portabantur. Cic. *in Verr. lib.* 4. *Artagathum, & argentum in lectica cubans ad mare infra Oppidum expectabat*. Lectica enim a *lecto* dicta est, & sæpe *cubile*, *torus*, *grabatum* vocatur. Seneca *de benefic. lib.* 3. *cap.* 4. *Quo tandem ab istis gerulis raperis, cubile istud tuum circumferentibus?*

Ovid. *lib.* 1. *de Arte amandi.*

Interea sive illa toro resupina feretur,
Lecticam dominæ dissimulanter adi.

Catull. *Epigram.* 10.

Factum qui veteris pedem grabati
In collo sibi collocare posset.

Et in hoc præcipue differebat a sella gestatoria, quod in hac sedentes portarentur, ut a Viris doctis est observatum, quos tamen præterfugit Senecæ locus *de brevit. vit. Audio quemdam ex delicatis, cum ex balneo inter manus elatus, & in sella positus esset, dixisse interrogando: jam sedeo?*

Servi autem, qui lecticam, aut sellam ferebant, vocabantur *lecticarii*, quorum sæpissime fit mentio a Latinis Aucto- 9

ctoribus, & a nostris Jurisconsultis non raro, cum de legatis agunt, ut in *l. item* 49. *in princ. ff. de legat.* 3. *in l. si ex toto* 8. §. *ult. ff. de legat.* 1. *in l. peculium* 65. *in princ. ff. de legat.* 2. *in l. servis* 99. §. *servis ff. de legat.* 3. *in l. uxori* 13. *in fin. ff. de aur. & argent. legat. & in l. scire debemus* 29. *in princ. ff. de verb. obl.*

10 In his legibus duo sunt animadversione digna. Primum, quod licet tot sint stipulationes, quot res in stipulationem deductæ, tamen stipulatio lecticariorum una est *d. l. scire debemus ff. de V. O.* considerantur enim tamquam unum corpus, sicut quadriga.

11 Alterum est quod in *l. si ex toto* 8. §. *ult. ff. de legat.* 1. proponuntur legati octo lecticarii. Et recte; ampliores enim & laxiores lecticæ ab octo servis portabantur, & *Octophorum* dicebatur hæc lectica. Martial.

Octo Syris suffulta datur lectica puellæ.

Cicer. *in Verr. Lectica Octophoro ferebatur, in qua erat pulvinus pellucidus Melitensi rosa fartus.* Sueton. *in Calig. Iter confecit modo festinanter & rapide, interdum adeo segniter & delicate, ut Octophoro veheretur.* Pleni sunt Poetarum libri. Aliquando ferebatur a sex servis, & dicebatur *Hexaphorum*; plerumque a quatuor: sella etiam a duobus, nam multo brevior erat. Juven. *Satyr.* 9.

——— & duo fortes
De grege Mœsorum, qui me cervice locata,
Securum jubeant clamoso insistere Circo.

12 Lecticis similes fuisse *Carrucas* existimare quis possit. Etenim in *l. in commodato* 17. §. *duabus ff. commod.* nominantur Lecticæ & Carrucæ. & in *l. uxori* 13. *in princ. ff. de aur. & arg. leg.* Scævola mentionem facit Carrucæ dormitoriæ: atque in lecticis quoque dormisse Veteres certum est. Juven. *Sat.* 3.

Namque facit somnum clausa lectica fenestra.

Et *Satyr.* 1.

Proser Galla caput; noli vexare, quiescit.

Et *Satyr.* 3.

—— ingenti curret super ora liburno,
Atque obiter leget, aut scribet, vel dormiet intus.

Sed non ita se res habet. Lectica enim servorum humeris ferebatur, ut diximus, Carruca a mulis vel mulabus, ut constat *ex d. l. uxori* 13. Paul. *lib.* 3. *sentent. tit.* 7. *Carruca cum junctura legata, mulæ quoque legatæ, nec non mulio videtur, propter quotidianam loquendi consuetudinem.* Hinc mulæ carrucariæ, apud Ulpianum in *l. Ædiles* 38. §. *quæsitum ff. de Ædilit. Edict.* & muliones in urbano ministerio esse dicuntur a Paulo in *l. servis* 99. §. *muliones ff. de legat.* 3. *& in d. lib.* 3. *sentent. cap.* 7. Præterea lecticæ portabantur, Carrucæ quatuor rotas habebant, ac denique in lectica cubabant, ut diximus, in Carruca sedebant. Capitol. *in Maxim. Per publicum veniente vehiculo Antonini Caracalli quod vacuum erat, conscendit, & sedit, & vix ægreque a mulionibus carrucariis deturbatus est.*

Dormitoriam igitur Carrucam apud 13 Scævolam *in d. l. uxori.* non dissimilem aliis fuisse existimo, sed tamen ita constructam, ut sublata sella jacere in ea, & cubare posset, qui vehebatur, ut fieri solet in nostris lecticis, in quibus gestamur sedentes; sunt tamen quædam, quibus ad deferendos ægrotos utimur, in quibus jacemus sublata utrimque sella. 14

Ad lecticas, & ad servitutem Itineris revertamur, de qua id tantum subjungam: Iter angustius, quam par est, a quibusdam definiri, itemque Actum. Fest. *Actus, Iter inter vicinos quatuor pedes latum.* Si Viæ latitudo est octo pedum, *l. Viæ* 8. *ff. de servit. rust. præd.* Actus autem latitudo est quatuor pedum; utique latitudo Itineris subducta ratione erit duorum pedum, qua vix pedes ire potest, nedum equo, aut lectica, sellave gestari. Lecticam enim ge-

gestabant servi asseribus in transversum insertis, ac proinde semitæ angustiis fuissent impediti, Martial. *lib.* 4. *epigr. in Cæcilian.*

Ingenti late vectus es Hexaphoro

Et *lib.* 2. *epigr. in Zoilum.*

Laxior Hexaphoris tua sit lectica licebit.

Magnam hæ sellæ, lecticæque desiderant Viæ latitudinem, ut transferri possint. Itaque recte Jurisconsulti nostri nullam certam latitudinem Actui, atque Itineri præscripserunt *l. certo generi* 13. §. *latitudo ff. de servit. præd. rustic.* Et Varro multo rectius, quam Festus id definivit. *Actus finis minimus constitutus in latitudinem pedes quatuor, quod ea quadrupes agitur.* recte dixit, *finem minimum*: potest enim latior constitui, non minor. Potest enim in Actu constituendo tam angusti loci demonstratio fieri, ut ea vehiculum inire non possit, dum tamen jumentum ea duci possit, *l. si tam angusti* 13. *ff. de servit.* Veluti si fiat demonstratio quatuor pedum, qua jumentum agi poterit, non autem vehiculum, ut innuit Varro d. loco. Est autem hic finis minimus, quia si angustior locus designaretur, per eum agi non posset jumentum, & servitus Itineris, non Actus esset, constituta *d. l. si tam angusti*. Quod de Actu dixi, de Itinere dicendum est. Non poterit in Itinere angustior locus duorum pedum definiri, quia nec pedes posset per eum ambulare. Loco autem tam angusto designato recte constituta erit servitus Itineris, etsi neque equo, neque lectica, aut sella possit commeare *argum. d. l. si tam angusti*, & *l. Via* 23. *in princ. ff. servit. præd. rust.* At si nihil in constituenda servitute sit definitum, ab Arbitro loci latitudo præscribenda erit *l. certo generi* §. *latitudo ff. de servit. rust. præd.* & quidem, ut arbitror, tanta, ut ea possimus lectica etiam, ac sella ferri, cum hoc jus habeamus Itineris servitute constituta, *l. qui sella ff. eod.* Non tamen tanta, ut Hexaphoro, aut Octophoro feramur, servitute enim civiliter uti debemus *l. si cui simplicius* 9. *ff. de servit.* Notabantur autem a veteribus tamquam molles, ac delicati, qui Hexaphoro, vel Octophoro gestabantur.

F I N I S.

JOSEPHI AVERANII

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBER SECUNDUS.

CAPUT PRIMUM.

AD LEG. CONSUETUDINIS II.

C. quæ ſit longa conſuet.

SUMMARIUM.

I. Conſuetudo tam apud Athenienſes, quam apud Veteres Romanos ſemper legi derogavit. Probatur id Veterum Scriptorum teſtimonio & exemplis.

II. Confirmatur ex frequenti legum tum confirmatione, tum revocatione.

III. Explicatur l. 2. C. quæ ſit longa conſuetudo. *& nova affertur interpretatio: adde num. 9.*

IV. Tam conſuetudo, quam lex priorem legem abrogat, non quod potentior ſit, ſed quia poſterior.

V. In hypotheca plurium dotium tempus attenditur.

VI. Item in teſtamentis, in quibus poſterius prævalet.

VII. Item in datione tutorum; in legatis; in conditionibus: excipitur tamen quoad conditionem inſtitutio, & legatum libertatis.

VIII. Poſteriora derogant prioribus. Probatur id pluribus exemplis, & quid Juris in contractibus.


ONSUETUDINE poſteriore priorem legem abrogari dubitandum non eſt. Nam præter argumenta, quibus id ab Interpretibus noſtris demonſtratur, conſtat apud Romanos numquam aliter obſervatum fuiſſe. Origo Juris Romani præcipue ducta eſt ab Athenienſibus, apud
1 quos conſuetudine leges abrogabantur. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. *Ejus igitur leges quoniam videbantur impendio acerbiores, non decreto, juſſoque; ſed tacito, illiteratoque Athenienſium conſenſu obliteratæ ſunt.* Itaque & apud Romanos eadem erat conſuetudinis auctoritas. Liv. *lib.* 45. *quas ne uſus quidem longo tempore (qui unus eſt legum corrector) experiendo argueret.* Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Paſſus eſt enim* (Pop. Romanus) *leges iſtas de tam immodico ſupplicio ſitu, atque ſenio emori;* & *lib.* 2. *cap.* 24. *Poſtea L. Sylla Dictator, cum legibus iſtis ſenio, atque ſitu obliteratis plerique in patrimoniis belluarentur* &c. Quintil. *lib.* 3. *cap.* 6. *Ut in duodecim Tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit.* Tacit. *lib.* 6. *Annal.*

Inte-

Interea magna vis accusatorum in eos irrupit, qui pecunias fænore auctitabant adversum legem Dictatoris Cæsaris, qua de modo credendi, possidendique intra Italiam cavetur, omissam olim, quia privato usui bonum publicum postponitur. Macrob. *lib. 3. cap. 17. Dehinc paucis interjectis annis, alia lex pervenit ad Populum ferente Antio Restione, quam legem, quamvis esset optima, obstinatio tamen luxuriæ, & vitiorum firma concordia nullo obrogante irritam fecit*. Quamobrem de eadem re multas leges variis temporibus rogatas fuisse accepimus, non alia de causa, quam propter consuetudinem, qua priori legi fuerat derogatum, ut nova lege opus esset ad tollendam consuetudinem, revocandamque legem contraria consuetudine sublatam. Macrob. *d. lib. 3. Saturn. cap. 17. In ea enim ferenda quæsita est novæ legis auctoritas, exolescente metu legis antiquioris. Ita hercules, ut de duodecim Tabulis factum est, quarum ubi contemni antiquitas cœpit, eadem illa, quæ illis legibus cavebantur in alia Latorum nomina transierunt.* Itaque cum Lex duodecim Tabularum, qua sancitum erat, ne quis unciario fœnore amplius exerceret, consuetudine fuisset abrogata, nova lege opus fuit ad ipsam revocandam anno Urbis 398. & de hac re actum sæpissime a Plebe, cum nulla tam firma lex esset, quæ contraria consuetudine non abrogaretur. Livius *lib. 7.* Corn. Tacit. *lib. 6. Annal.* & copiose Appian. *lib. 1. Bell. Civil.* sic etiam Ti. Sempronius Gracchus anno Urbis 520. renovavit legem C. Licinii Stolonis latam anno 377. qua cavebatur, ne quis plus quingentis agri jugeribus possideret. Sic lex Sempronia primum a Ti. Sempronio Graccho Trib. Pleb. lata, deinde renovata est a Cornelio Sulla Dictatore, & postmodum a C. Julio Cæsare, qua cautum erat, ut per actuarios limites populo jus eundi esset, sicut per viam publicam. Plura exempla prætermitto, ex his enim satis constare arbitror, apud Romanos tantam vim fuisse consuetudinis, ut & priorem legem tolleret, & ipsa nonnisi posteriore lege tolleretur.

2

Contrarium tamen videtur constitutum in *l. consuetudinis 2. C. quæ sit longa consuet. Consuetudinis, usufque longævi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem*. Sed non est ita, si verba legis accurate perpendantur. Observanda sunt illa verba, *sui momento*, quæ non temere ab Imperatore sunt adjecta Constitutioni. Consuetudo abrogat priorem legem, non tamen eam vincit *sui momento*, suis viribus, propria natura. Utrumque verissimum est: neque sunt hæc contraria. Consuetudo natura sua, suisque viribus, & proprio momento non est potentior lege, sed omnino par; itaque eam non vincit, sed tamen ipsi derogat, ipsamque tollit. Sed quomodo eam tollit? non quia sit potentior, suoque momento eam vincat; sed quia est posterior. Lex vincit legem non propriis viribus, non ratione sui momenti; sed ratione temporis, & mutationis voluntatis. Modestin. in *l. ult. ff. de Constit. Princ.* αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσιν. *Posteriores constitutiones potiores sunt his, quæ eas præcesserunt*. Cicer. *de Invent. lib. 2. Deinde considerando utra lex posterius lata sit: nam postrema quæque gravissima*. Liv. *lib. 9. Ubi duæ contrariæ leges sunt, semper antiquam abrogat nova*. Quemadmodum igitur in legibus non est considerandum proprium ipsarum momentum, ut sciamus utra alteram abroget, quia omnes eamdem vim habent, cum eadem auctoritate sanctæ sint; sed considerandum est utra sit posterior: sic quando lex pugnat cum consuetudine, considerandum est, utra posterior sit, nam cum idem sit utriusque momentum, nec altera alteram vincere possit vi propria, potior, & gravior erit posterior. Quamobrem si lex posterior sit consuetudine, lex tollet consuetudinem: contra si consuetudo posterior sit, legem tollet, non suo momento, sed ratione temporis.

3

4

Exemplis rem explicabo. Uxori concessa est hypotheca pro dote cum privilegio prælationis *l. assiduis C. qui pot. in pign.* Finge concurrere duas uxores in repetenda dote, ut in *Auth. ut exact. instant. 91.* utraque uxor par habet privilegium, æquale est utriusque robur, neque vi atque momento sui privilegii altera alteram vincere potest, ut ait Justin. *in d.*
5 *Auth. cap. 1. vers. & dotem &c. non potest dotem præponere doti, nec hypothecam hypothecis.* Sed tamen prior uxor præfertur posteriori *d. Auth.* Qua de causa præfertur? non vi, & momento sui privilegii, sed ratione solius temporis *d. Auth. & Auth. de æqual. dot. 97. cap. 3. vers. si qua mulier.*

Aliud sit exemplum in testamentis. Testamentum natura sua non est poten-
6 tius alio testamento, cum iisdem solemnitatibus utrumque perfectum sit. Prius tamen testamentum posteriori rumpitur *§. posteriore Inst. tit. quib. mod. testam. infirm. l. 2. l. cum in secundo. ff. de injust. rupt. l. hac consultissima. §. si quis autem, & l. sancimus C. de testam.* non quia hoc sui momento vincat prius, eoque sit natura sua potentius; sed quia posterius est. Itaque si duo extent testamenta, nec constare possit, utrum sit prius, aut posterius, aut utrumque valebit, aut, quod verius videtur, neutrum subsistet. Sublata enim ratione temporis, qua fit, ut posterius prævaleat priori, utrumque habet æquales vires, utrumque æqualia momenta, ac proinde alterum ab altero vinci non potest, & vel utrumque valere debet, vel neutrum, argumento text. in *l. duo sunt Titii.* & ibi gloss. *ff. de testam. tut. l. eum qui 51. in princ. ff. de acquir. vel om. hær.* & ibi gloss. & passim DD. eadem est ratio legatorum, & fideicommissorum *l. clari C. de fideicom. l. si mihi 12. §. in legatis ff. de legat. 1.* & dationis tutorum,
7 *l. si hæreditas §. 1. ff. de testam. tut.* item conditionum adjectarum: novissima enim prævalet priori, præterquam in institutione hæredis, & in legato libertatis *l. tutor datus §. ult. ff. de testam. tut. l. quod traditum 87. cum duab. seq. l. sub diversis, & l. levissima ff. de condit. & dem.* imo & 8
in legato libertatis datæ per fideicommissum posterior scriptura servanda est *l. per fideicommissum 90. ff. eod.* hæc autem non alia de causa constituta sunt, nisi quia posteriora derogant prioribus *l. Divi 6. §. licet ff. de jure codicill. d. l. per fideicommissum 90. ff. de condit. & dem.* Neque enim prævalent prioribus sui momento, quod majori solemnitate confecta sint, sed ratione solius temporis, & mutatæ voluntatis. Eadem de causa etiam pacta novissima derogant prioribus *l. pacta novissima 12. C. de pact. l. si unus §. pactus ne peteret ff. de pact.* Item contractus *l. si quis ante 10. in princ. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. pacta conventa 72. ff. de contrab. empt.* Alia exempla peti possunt ex *l. quod jussit ff. de re judic. ex l. si quis cum procuratorio 31. §. ult. ff. de procurator. ex l. in duobus §. ult. ff. de jurejuran. ex c. ceterum. de rescript. l. si mater C. ne de statu defunct. ex l. illud sciendum ff. de peric. & com. rei vend. & l. si servum 91. §. sequitur ff. de V. O.*

Ex his constat quid de consuetudine sit existimandum. Si consuetudinem suo momento velimus ponderare, legem non vincet, sicut nec a lege vincetur: paria enim sunt momenta legis, & consuetudinis *l. de quibus §. inveterata ff. de legibus.* Derogat tamen legi, si posterior sit; quia quoties duo sunt actus pendentes a voluntate alicujus, ejusdem momenti, ac roboris, si uterque valere non possit, posterior derogat priori, ut constat ex his, quæ diximus. In contractibus tamen, in quibus utriusque contrahentis consensus est necessarius, utriusque pariter consensus requiritur, ut posterior priori præferatur *§. ult. Inst. tit. quib. mod. toll. oblig. d. l. pacta conventa.* alioqui prior posteriori præfereretur, non tamen ratione temporis, sed suo ipsius momento. Quapropter huic sententiæ de consuetudine legem abrogante non repugnat *d. l. 2. C. quæ sit longa consuet.* quia ibi solum agitur de vi propria,

pria, proprioque momento consuetudinis, quod si consuetudo legem vinceret, non solum tolleret priorem legem, sed etiam posteriorem: itaque in ea lege recte negatur, consuetudinem adeo sui momento valituram, ut vincat legem.

CAPUT II.

AD L. SI IN EMPTIONE XXXIV.

In princ. ff. de contr. empt.

SUMMARIUM.

I. *Error in re, de qua contrahitur, vitiat omnem contractum.*
II. *Error contrarius consensui.*
III. *Error in accessione non vitiat contractum in re principali.*
IV. *Nec in ipsa accessione.*
V. *Loca Sacra per accessionem vendi possunt.*
VI. *Contractus quoad formam sunt individui.*
VII. *Ambigua pacta contra quem interpretanda? & n. 10.*
VIII. *Quid sit ambiguum? & n. 25. 26. & 27.*
IX. *Cujacii emendatio.*
X. *Communis Pragmaticorum sententia. Rejicitur n. 11. & seqq.*
XI. *Cur ambigua pacta noceant venditori.*
XII. *Ex pactis venditioni adjectis sæpe venditor obligatur.*
XIII. *Contra venditorem fit interpretatio, etiamsi ipse ex pacto obligetur.*
XIV. *Proponitur, ac refellitur communis Eruditorum interpretatio.*
XV. *Pacta venditioni a venditore adjiciuntur.*
XVI. *Aliquando ab emptore, sed hic interponebat stipulationem.*
XVII. *In stipulatione verba ambigua contra stipulatorem interpretamur.*
XVIII. *Pactum de accessione rei interponebatur a venditore.*
XIX. *Revardi conjectura proponitur, ac rejicitur.*
XX. *Emptionis & venditionis nominibus promiscue Veteres utebantur.*
XXI. *Tam nomen emptionis, quam nomen venditionis totum contractum significat.*
XXII. *Actiones empti & venditi in Jure nostro sæpe confunduntur, & altera pro altera accipitur.*
XXIII. *Modus fundi venditi a venditore dicitur.*
XXIV. *Error ad ambigui controversiam non pertinet, & aliud est error, aliud ambiguum.*
XXV. *Error vitiat contractus, non ambiguum.*
XXVI. *Non est ambiguum ubi apparet voluntas contrahentium.*
XXVIII. *In obligatione generis, vel alternativa debitoris est electio.*
XXIX. *Explicatur* l. comprehensum ff. de contr. empt.
XXXI. *Affertur ratio cur præstandus sit Stichus, quem venditor intellexit, non quem eligit.*

PAulus ait: *Si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit: nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit.* Duo sunt in hac lege explicanda. Primum cur valeat venditio. Præterea cur potius præstandus sit ille Stichus, quem venditor intellexerit, quam ille, quem intellexerit emptor.

Primum igitur dubitari potest, cur valeat venditio. Etenim satis constat, inter
omnes errorem in re, de qua contrahi-
tur, vitiare tum emptionem *l. in vendi-*
tionibus 9. in princ. ff. h. t. tum stipula- 1
tionem *l. inter 83. §. 1. l. continuus 137.*
§. 1. ff. de V. O. tum omnes alios contra-
ctus *l. in omnibus rebus 55. ff. de oblig. &*
act. Quia nullus potest esse contractus si-
ne conventione, & consensu utriusque *d.*
l. in omnibus, & l. 1. §. conventionis ff.
de pact. error autem consensui contrarius 2
est *l. si per errorem 15. ff. de jurisd. om. Jud.*
l. 2. ff. de judic. l. sed hoc ita 20. ff. de aq.
& aq. pluv. arc. l. regula 9. ff. de Jur. &
fact. ignor. Hinc erroris fidejussionem nul-
lam esse respondit Paulus in *l. si quis post-*
quam in fin. ff. de fidejuss.

Sed tamen verissima est Pauli sententia in hac lege, & communis omnium interpretatio. Si erratum fuisset in fundo, qui principaliter venibat, venditio non valeret, quia error eam vitiaret: sed de fundo convenit, & fuit erratum in Sticho, qui vendebatur per accessionem. Itaque valere debet tum emptio fundi, tum emptio Stichi. Valet emptio fundi, quia
in fundo consensum est: nec potest in-
firmari emptio fundi per errorem, quo 3
erra-

erratum est in accessione. Sicut enim per accessionem non confirmatur principale, *l. quod per manus ff. de jure cod. l. sed si paterfam. in princ. ff. de Senatusc. Maced.* ita nec infirmari potest. Neque consentaneum est, ut accessio, quæ vires capit a re principali, vires ejus infringat, & labefactet. Cum igitur valeat emptio fundi, valet etiam emptio Stichi. Accessio
4 enim cedit rei principali, ejusque naturam, & robur induit *l. nihil dolo* 129. *§.* 1. *l. cum principalis* 178. *ff. de Reg. Jur. c. accessorium. de Reg. Jur. in* 6. *l. cum aurum* 19. *alias l. etsi §. perveniamus l. vestis* 23. *§. vestimentorum ff. de aur. & arg. leg.* Et sicut quando non subsistit amplius causa principalis, nec accessio locum habet *d. l. cum principalis, & l. eos* 26. *in princ. C. de usur. l.* 4. *C. depos. l.* 6. *§.* 1. *ff. de leg. commiss. l. proinde* 33. *§. ult. ff. de Ædil. Edict.* ita quoties debetur res principalis, debetur etiam id, quod rei principali accessit: *d. l. proinde §. ult. ff. de Ædil. Edict. l. quod si nolit. §. illud plane ff. cod. l. cum aurum §. perveniamus ff. de aur. & arg.* Nam omnia, quæ dicuntur de venditione rei principalis, dicenda sunt etiam de ea re, quæ venit per accessionem *l. ex empto* 11. *alias l. emptorem* 12. *§. si quis rem ff. de act. empt.* quoniam res principalis rapit secum accessionem *l.* 4. *in princ. ff. de pen. legat.* Itaque non solum vitium accessionis non influit in rem principalem; sed ab ipsa quodammodo purgatur, atque diluitur. Exemplum esto. Loca
5 Sacra, ac Religiosa cum nullius sint in bonis *§. nullius Inst. tit. de rer. divis.* emi, vendique non possunt *§. loca sacra Inst. tit. de contr. empt. l. si in emptione* 34. *§.* 1. *& l. hanc legem* 22. *in fin. ff. de contr. empt.* Verum tamen si non specialiter vendantur, sed emptioni alterius rei accedant, valet eorum venditio, & ad eas petendas emptori datur actio ex empto *l. hanc legem* 22. *cum duabus seqq. ff. de contrah. empt.* Et errat Ant. Fab. qui contra sentit. Tacit. *lib.* 1. *Annal. prope fin. Falanio objiciebat accusator, quod venditis hortis, statuam Augusti simul mancipasset &c. Quæ ubi Tiberio notuere, scripsit Consulibus &c. Nec contra religiones fieri, quod Effigies ejus, ut alia Numinum Simulacra, venditionibus hortorum, & domuum accedant.* Aliter rem narrat Dio *lib.* 57. *in fin.* Vide *l. non contrahit* 5. *in fin. cum l. seq. ff. ad leg. Jul. majest.* Hoc autem multo magis statuendum est in specie, de qua agimus. Etenim cum rei principalis, & accessionis una fit venditio *l. quod si nolit* 31. *§. ult. ff. de Ædil. Edict.* non potest venditio esse partim utilis, partim inutilis, ea de causa, quod desit consensus in accessione: quia consensus est de forma emptionis *Inst. tit. de oblig. ex consens. cum similibus*: Contra-
ctus autem quoad formam sunt individui 6
l. 1. *§.* 1. *& l. continuus* 137. *in princ. ff. de V. O.* itaque non potest partim habere formam, partim eam non habere; partim esse, et partim non esse, argum. *text. in l. si ita* 39. *§. ult. ff. de oper. libert. l. pro parte* 11. *in fin. ff. de servit. l. una est* 18. *ff. de servit. rustic. prædior.* Est igitur jure responsum, valere non solum fundi venditionem, sed etiam Stichi, qui accessit venditioni fundi.

Illud omnium, qui umquam fuerunt, interpretum torsit ingenia, quod secundo loco in ea lege traditur, *eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit.* Videtur enim potius deberi Stichus, quem emptor intellexerit. Ambigua atque obscura pacta venditori nocere a Veteribus traditum, ut dubitari ea de re
non possit. *l. Veteribus* 39. *ff. de pact. l.* 7
cum in lege 33. *ff. de contr. empt. l. in contrahenda ff. de Reg. Jur.* Prodesset autem venditori, non noceret; si dare posset eum, quem ipse intellexit, argum. *text. in l. græce* 8. *§. idem Julianus. cum seq. ff. de fidejuss.* & noceret emptori, qui cogeretur accipere eum Stichum, quem emere nolebat. Nec dubitari potest ambiguam esse venditionem Stichi, cum plures essent Stichi, & singuli possent eo nomine comprehendi, nec intelligatur quis sit
venditus. Isidor. *lib.* 2. *cap.* 5. *Ambigui-* 8
tas

tas est, *cum id*, *quod scriptum est*, *duas*, *aut plures res significare videtur*. Fest. *in voce* ambiguum. *Ambiguum est*, *quod in ambas agi partes animo potest*. Facit text. *in l. cum Stichus* 29. *ff. de solut. l. ubi est verborum* 21. *ff. de reb. dub.* Et Quintil. *lib.* 7. *Inst. orat. cap.* 9. hoc primum ambigui genus ponit, quod ὁμωνυμία dicitur, *cum singula verba afferunt errorem*, *cum pluribus rebus*, *aut etiam hominibus eadem appellatio est*, *ut Gallus*; *utrum enim avem*, *an gentem*, *an nomen*, *an fortunam corporis significet*, *incertum est*; *& Ajax*, *Telamonis*, *an Oilei filius*. Et paulo post. *Unde fere lites*, *præcipue ex testamentis*, *cum de libertate*, *aut etiam de hereditate contendunt ii*, *quibus idem nomen est*: *aut quid sit legatum*, *quæritur*. Facit ad hanc rem text. *in l. si fuerit* 10. *ff. de reb. dub.* ubi hæc luculenter explicantur.

Cujacius Interpretum nostrorum eruditione, doctrinaque, & rerum copia facile princeps, unius voculæ mutatione scopulum hunc alacriter est prætervectus.
9 Etenim in explicatione *l. Veteribus ff. de pact.* contendit ita legendum esse: *cum Stichum præstandum*, *quem emptor intellexerit*. Sed neque possum, si velim; nec vellem, si possem, hanc legem emendare.

Alii vero, inter quos Pragmatici plerique omnes, hoc modo rem expediunt. In ambiguis interpretatio fieri debet contra eum, qui ex obscura conventione aliquid petit, & ex ea sibi aliquem obli-
10 gatum esse contendit: quoniam ille, qui petit, & conventioni innititur, probare debet sibi deberi id, quod petit; nam actore non probante reus absolvitur *l.* 2. *ff. de probat. l.* 4. *C. de edend. l. siquidem* 9. *C. de except. l. negantes* 9. *C. de oblig. & act.* Nec satis probat, qui nititur obscura & ambigua conventione. *c. in præsentia de probat. l. non nudis C. de probat.* Quamobrem in nostra lege fit interpretatio contra emptorem, quia cum ipse Stichum petat, probare non potest, quis Stichus sibi debeatur.

Sed vereor nenon defendi possit hæc sententia: ac multa concurrunt simul,
qui de ea dubitem. Primum quia nus- 11
quam in Jure nostro traditum est, ideo pacta ambigua nocere venditori, quia venditor ipse sit actor, & probare debeat, quod probare non potest propter obscuritatem pacti: Sed nocere venditori, quia debuit perspicue, ac luculenter, non obscure dicere. *l. Labeo* 21. *ff. de contr. empt. l. Veteribus ff. de pact. l. quicquid* 99. *ff. de V. O.* tum quia nihil dicere videtur qui obscure, & perfusorie loquitur *l. de ætate §. nihil ff. de inter. act. l. aut qui aliter §.* 1. *ff. quod vi aut clam.* tum quia plerumque dolo non caret, qui ambigua obscuraque utitur oratione. *l. ea quæ §. ult. ff. de contr. empt. l. qui libertatis §. sed et si quis ff. de evict.* Et sane nulla non ratio suadet, ambigua & obscura verba nocere debere ei, qui protulit; est enim cur id sibi imputet, cum posset apertius dicere.

Præterea semper Veteres Jurisconsulti nos monent, ut ambigua pacta contra venditorem interpretemur. *l. Veteribus ff. de pact. l. Labeo* 21. *l. cum in lege* 33. *ff. de contr. empt. l. in contrahenda ff. de Reg.*
Jur. At si superiorem regulam a Prag- 12
maticis traditam sequi volumus, sæpissime ambigua, & obscura pacta contra emptorem pro venditore debemus interpretari: quia sæpissime ex pacto adjecto venditioni venditor ipse obligatur, & reus est, non actor *ut in l. quod si nolit* 31. *§.* 1. *ff. de Ædil. Edict. l. qui fundum* 40. *in princip. & in §.* 1. *& §. dolia l. cum venderes* 59. *l. si cum fundum* 68. *in princ. ff. de contr. empt. l. tenetur* 6. *§. si vas*, *& §. sed si fundum. l. Julianus §. idem Julianus l. si venditor* 38. *in princ. ff. de action. empt. l. quid sit fugitivus* 17. *§. ult. & l. seq. & toto fere tit. ff. de Ædilit. Edict. l. si dictum* 56. *l. quod ad servitutes*, *& toto tit. ff. de evictiom. l. si ex plagis §. quidam ff. ad Leg. Aquil. l. traditio ff. de acquir. rer. dom. l. non tantum ff. de Verb. sign. l. is qui duo* 29. *ff. de servit. prad.*

præd. rustic. & ubique passim. In his omnibus adjectum erat a venditore pactum, quo ipse venditor obligabatur: itaque aut falsa est illa regula, qua nos monent Veteres, interpretationem faciendam esse contra venditorem, qui dixit: aut falsa est Pragmaticorum regula, qua docemur, interpretanda esse verba contra actorem, pro eo, qui est obligatus.

Denique ut nullus pateat evadendi locus, rem paucis conficiam. Si in venditione sit adjectum hujuscemodi pactum: *Stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint*: obligatur hoc pacto venditor emptori, quia
13 hæc verba significant rei venditæ servitutem deberi, ut ait Ulpian. *in l. si arborem* 17. §. *hæc lex. ff. de servit. præd. urban.* Et tamen si non appareat de quibus stillicidiis actum sit, ambigua hæc oratio venditori nocet. *l. cum in lege* 33. *ff. de contrab. empt.* ergo etiamsi ex ambiguo pacto venditor obligetur, tamen contra ipsum fit interpretatio.

Respondent postremo loco, ut omnium opiniones refellam, fere omnes politioris literaturæ Interpretes: Ambigua verba interpretanda esse contra eum, qui obscure dixit, cum posset dilucide voluntatem suam explicare. Quo fit, ut cum venditioni pacta plerumque adjiciantur a ven-
14 ditore, noceant ipsi venditori, qui ambigue locutus est. Atqui in nostra lege ideo verba ambigua nocent emptori, non venditori; quia verba illa protulerat emptor, non venditor: & emptioni Stichum accessurum emptor ipse dixerat; suæque stupiditati, vel negligentiæ, ferat acceptum, si non habet servum, quem voluit. Ac si possent probare pactum illud ab emptore adjectum fuisse, nihil jam mutare auderem. Sed cum nullam afferant conjecturam, divinare mihi videntur, & hariolari.

Imo vero ego contra existimo probari posse satis evidenter, pactum illud a ven-
15 ditore adjectum fuisse. Primum quia pacta a venditore semper adjiciuntur, ut observare poterit, quicumque nostrum Jus Civile diligenter evolverit. Et ratio est, quia nemo cogitur ad vendendum invitus *l. nec quasi publicianam* 70. *ff. de rei vindic. l. non æquum ff. rerum amot. l. invitum* 11. *l. dudum* 14. *C. de contr. empt.* ac propterea rei suæ, quam vendit, legem dicere debet, quam voluerit *l. legem C. de pact.* est enim rei suæ moderator & arbiter *l. in re mandata C. mand.* Eleganter Plaut. in *Captiv. act.* 1. *scen.* 2.

Quasi fundum vendam, me meis addicam legibus.

Et in *Epidic. act.* 3. *scen.* 4.

Estne empta mihi hæc? Periph. *istis legibus habeas licet.*

Imo ipse venditor pretium indicabat. Idem in *Pers. act.* 4. *scen.* 4.

S. *Indica, fac pretium.* D. *tua merx est, tua indicatio.*

Respondent quidem illi, quod licet pacta plerumque a venditore adjiciantur; aliquando tamen adjiciuntur etiam ab 16
emptore *l. hæc venditio* 7. §. 1. *l. pacta conventa* 72. *l. cum manus* 80. §. 1. *ff. de contr. empt.* Sed nemo non videt has leges ad rem non pertinere. Non tamen constanter negaverim, aliquando ab emptore pacta adjecta fuisse, sed fortasse emptor, quantum conjectura assequi possum, de pactis a se adjectis interponebat stipulationem, ut in *l. cum ab eo* 41. *in princ. ff. de contr. empt. l. evicta re* §. *ult. l. si ita quis ff. de evict. l. Labeo.* §. 1. *ff. de Ædil. Edict.* & alibi passim. Varro *de re rustic. lib.* 2. *cap.* 1. *In emptione alias stipulandum esse e valetudinario, alias e sano pecore, alias e neutro.* & *eod. lib. cap.* 2. *Emptor stipulatur prisca formula sic: illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est, extra surdam, luscam, minam, id est, venire glabro, neque de pecore morboso esse, habereque licere; hæc sic recte fieri spondes?* Et *cap.* 3. *Illas capras hodie recte esse, & bibere posse, habereque recte licere, hæc spondesne?* & similes stipulationes proponit capitibus, quæ subsequuntur: & *cap.* 10. *In pastorum emptione solet accedere peculium;*

lium, *aut si excipiet*, *stipulatio intercedere*, *sanum eum esse*, *furtis*, *noxisque solutum*. Harum autem stipulationum formulas composuerat Manilius Jurisconsultus, unus ex iis, qui Jus Civile fundasse dicuntur a Pomponio in *l.* 2. §. *post hos* 39. *ff. de Orig. Jur.* a quo dicebantur *actiones Manilianæ*. Varr. *de re rust. lib.* 2. *cap.* 3. & 5. & 7. vel leges Manilianæ Cic. *lib.* 1. *de Orat. Nec quisquam est eorum*, *qui*, *si sit addiscendum sibi aliquid*, *non Teucrum Pacuvii malit*, *quam Manilianas venalium vendendorum leges ediscere*. Sed ad rem redeamus. Aliquando etiam stipulatio necessaria erat, ut in *l. quod si locus ff. de relig. & sumpt. fun.* Itaque cum emptor stipularetur ea, quæ volebat adjicere, ut de sanitate, de dupla, de evictio-
17 ne; utique contra ipsum emptorem fiebat interpretatio, quia in stipulationibus ambigua & obscura verba nocent stipulatori. *l. quicquid adstringendæ ff. de V. O. l. stipulatio ista* 38. §. *in stipulationibus ff. eod. l. cum quæritur ff. de reb. dub.* Pacta igitur a venditore adjiciebantur, quoniam venditor de iis non stipulabatur, & quicquid adjiciebat rei suæ, & venditioni legem dicens, pactum a venditore adjectum dicebatur.

Sed ut ad rem propius accedam, animadverto, in nostra lege agi de eo pacto, quo convenit inter contrahentes, ut servus accederet venditioni fundi: hujusmo-
18 di autem pacta, quibus cavebatur, ut aliquid accederet venditioni rei principalis, semper adjiciebantur a venditore: ut in *l. qui fundum* §. 1. & §. *dolia ff. de contr. empt.* observando, quod omnia verba ejus legis referuntur ad initium legis, & reguntur a casu recto, *venditor*, qui initio positus est: item in *l. si cum fundum* 68. *in princ. ff. de contr. empt. l. tenetur* 6. §. *sed si fundum ff. de act. empt. in l. ex empto* 11. §. *si quis rem*, *alias l. emptorem* 12. *ff. eod. l. si quis cum fundum* 26. *l. quicquid venditor* 27. *l. si mercedem* 53. *ff. eod. l. insulam* 58. *in princ. ff. locat. l. proinde* 33. *ff. de Æd. Edict. l. servi.* 5. *ff. de evict. l. quod ad servitutes ff. eod. l. Insulam ff. qui pot. in pign. habeant.* Nusquam autem in Jure nostro reperiri arbitror, ejusmodi pactum ab emptore adjectum fuisse. Imo & quod pretio accedere debebat, venditor dicebat. Recte venditor apud Plaut. in *Pers. act.* 4. *sc.* 4.

Heus tu, *etiam pro vestimentis huc decem accedant minæ.*

Quis igitur tam perfrictæ frontis erit, ut sine exemplo, sine conjectura audeat affirmare, in nostra lege illud ab emptore adjectum fuisse, seque nobis id putet posse persuadere?

Doctissimus Rævardus, & quidam alii sagaciores, & emunctæ naris Interpretes, ut qualemcumque conjecturam adducant, observant verba illa legis: *Si in emptio-* 19
ne fundi dictum sit &c. Si dictum fuit in emptione, utique dictum fuit ab emptore: quia emptio ad emptorem refertur, & ab emptore contrahitur, sicut venditio refertur ad venditorem, & a venditore contrahitur.

Sed nihili est hæc observatio, nam paucis verbis interpositis, *venditionem* appellat Jurisconsultus, quam modo *emptionem* nominaverat: ibi, *nihilominus fundi venditionem valere*. Veteres enim in emptione, ac venditione appellationibus promiscue utebantur, ut ait Gajus in *l. Ve-* 20
teres 19. *ff. de act. empt.* Quamobrem id ab iis frequenter usurpatur, ut quod modo emptionem dixerant, paulo post venditionem nuncupent, ut in *l.* 2. §. 1. *in l. hæc venditio* 7. §. *hujusmodi. cum seqq. in l. nec emptio* 8. §. *aliquando in l. in venditionibus* 9. *in fin. juncta l. seq. in l. Et si* 15. *in princ. in l. quod sæpe* 35. §. *in his. l. si duos* 44. *l. res* 54. *l. fundus* 64. *ff. de contr. empt. l. cum autem* §. 1. *ff. de Ædil. Edict. l. quod si nolit.* 31. §. *ult. ff. eod.* Et ratio est, quia qui emptionem dicit, complectitur etiam venditionem: & contra qui nominat venditionem, comprehendit etiam emptionem. Nam & nomen emptionis totum contractum significat *l.* 1. *in fin. l.* 2. *in princ. l.* 3. & 4. *l. in ven-* 21

ditionibus 9. & alibi passim *ff. de contr. empt.* & nomen quoque venditionis de toto contractu dicitur *l. 2. §. 1. l. 7. in princ.* & ubique *ff. eod.* quia nec emptio sine venditione, nec venditio sine emptione esse potest. Hine nomen venditionis aliquando ad emptorem refertur, & emptor dicitur adimplere venditionem *l. domum 57. in fine principii ff. de contr. empt. l. si ita 25. & l. si duos 44. ff. eod.* Imo cum ex hoc contractu duæ nascantur actiones *empti*, & *venditi* inter se separatæ, atque dissimiles (nam actio empti datur emptori ad consequendam rem venditam *l.*
22 *ex empto 11. in princ. ff. de act. empt.* contra actio venditi datur venditori ad consequendum pretium *l. Julianus 13. §. ex vendito ff. eod. l. 1. ff. de rer. permut.*) tamen aliquando actio empti nuncupatur a Veteribus actio venditi, ut in *l. sed hoc nomine 26. & in l. si cum venditor 66. §. 2. ff. de evict. in l. ex conventione C. de pact. in l. 1. C. sine censu vel reliq.* Contra vero actio venditi vocatur actio empti *l. un. C. si servus extero se emi mand. l. Julianus 13. §. si procurator 25. ff. de action. empt.* Sed harum actionum nomina raro admodum confunduntur, quia altera cum altera nihil commune habet: at in appellationibus emptionis, & venditionis nulla regula observatur: quia nulla causa est cur hunc contractum venditionem potius appellemus, quam emptionem. Itaque quod in nostra lege ita enuntiatur: *si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum*, in *l. proinde 33. ff. de Ædil. Edict.* aliter hoc modo dicitur: *quod in venditione accessurum esse dictum est*. Et in *l. quod si nolit 31. §. ult. ff. eod. Quod emptioni accedit, partem esse venditionis, Prudentibus visum est*, & alibi venditioni accedere aliquid dicitur, ut in *l. 1. §. 1. vers. & si quid aliud ff. eod. l. cum autem 23. §. 1. l. quod si nolit 31. §. restitui 19. ff. eod. l. itaque 32. in fin. l. seq. in princ. l. justissime. in princ. ff. de Ædil. Edict. l. venditi in fin. C. de act. empt.* Adeo verum est, ex his verbis nullam satis idoneam duci posse conjecturam. Et sane quod emptio nominetur, etiam ubi aliquid a venditore dictum est, satis constat: quia in agro, fundoque vendendo modus a ven- 23
ditore dicitur. *l. si in qualitate 22. l. si duorum 42. ff. de act. empt. l. qui fundum §. qui agrum ff. de contr. empt.* absurdum enim esset modum rei venditæ ab emptore dici, cui ea tantum de causa dicitur, ut sciat quantum agri emat: & tamen, licet modus a venditore dicatur, sæpe Veteres modum fundi venditi in emptione dictum ajunt, *l. si in emptione 2. ff. de act. empt. & l. Julianus §. si Titius ff. eod.* Plura omitto: neminem enim futurum arbitror, qui de his possit dubitare.

His expositis constat, quam variæ sint hac de re Interpretum nostrorum sententiæ. Ac mihi quidem, ut dicam quod sentio, nodum in scirpo quærere videntur. Existimo enim hanc legem ad ambigui controversiam non pertinere. Duo igitur sunt explicanda. Primum, quod hæc lex perperam allegatur, ubi de ambigui interpretatione disputatur. Deinde, cur præstandus sit ille Stichus, quem venditor intellexerit.

Non pertinet hæc lex ad ambigui controversiam: quia in ea erravisse contrahentes supponit Paulus; supponit enim de alio servo emptorem, de alio sensisse venditorem. Aliud est errare: aliud ambigue pacisci. Distinguuntur hæc in *l. he-* 24
redes 21. §. 1. ff. qui test. fac. poss. Errant in re contrahentes, quoties in eadem re non conveniunt; sed aliquis eorum de una re, alter de alia sentit, seque contrahere putat: erratur enim quoties aliud pro alio accipitur. *l. si per errorem 15. ff. de jurisd. om. Jud. l. 2. in princ. vers. aut si putaverunt ff. de jud. l. 9. in princ. ff. de contr. empt. l. inter stipulantem 83. §. 1. l. continuus 137. §. 1. ff. de verb. obl. §. si de alia. Instit. tit. de inut. stipul.* Plaut. in *Amphitr.*

Qui me Amphitruonem rentur esse, errant probe.

Itaque in nostra lege erraverunt contrahen-

hentes, cum de alio emptor, de alio venditor senserit, & uterque putaverit, se de eodem sensisse. Quocirca quæris ibi Paulus, an valeat venditio. Absurde hoc quæreretur, si ibi ageretur de ambiguo. Hoc enim non vitiat contractum. Ambigue vero pacisci dicuntur contrahentes, quoties non satis constat quid senserint contrahentes, nec apparet quid actum sit: ac propterea confugiendum est ad interpretationem verborum. Quamobrem error vitiat omnes contractus, quia quandocumque constat de errore, constat etiam
25 de dissensu contrahentium ex *dd. ll.* Ambiguitas autem, & obscuritas non vitiat, quia non constat dissensisse contrahentes, & interpretatione res expeditur *l. in contrahenda* 172. *ff. de Reg. Jur.* cum similibus. Quod si constet quid actum sit, & appareat quid senserit ille, qui ambigua verba protulit, non amplius dubia, obscura, incerta res est, cum in conventionibus voluntas potius, quam verba spectentur. *l. in conventionibus ff. de V. S.* Eleganter ad rem nostram Cic. *lib.* 2. *de Invent. Ex ambiguo autem nascitur controversia, cum quid senserit scriptor, obscurum est.* Auct. *ad Heren. lib.* 2. *Nec esse ambigue scriptum, cum intelligatur utra sententia vera sit.* Quintil. *lib.* 7. *Instit. cap.* 9. *Ideoque frustra præcipitur, ut in hoc statu vocem ipsam ad nostram partem conemur vertere, nam si id fieri potest, amphibolia non est.* Pomponius *in l. cum in lege* 33. *ff. de contr. empt. primum spectari oportet quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet, quia ambigua oratio est.* Igitur ambigua oratio est, quæ venditori nocet, cum non apparet, quid actum sit, cum incidit voluntatis quæstio, cum quæritur de voluntate *l. cum quæritur* 26. *ff. de reb. dub. l. cogi.* 16. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si peculium* 10. §. *ult. ff. de man. test. l. evicta* 16. §. *si servus. vers. tametsi ff. de evict.* Itaque in Jure nostro opponuntur hæc inter se: apparet quid actum sit; & res est in obscuro. *l. cum manu* 80. §. *sylva ff. de contr. empt. l. si quis vina* 4. *in princ. ff. de peric. & com. rei vend. l. Titius* 48. *ff. de act. empt.* Id enim, de quo constat, est exploratum, & non dubium, non ambiguum; hoc est, ambiguo contrarium. Hine quæ in jure certa sunt, non ambigui Juris esse dicuntur *l. curatorem* 10. *C. qui dar. tut. poss. l. ult. C. de crim. expil. hæred. l. ult. C. de fidejuss. tut. l.* 9. *C. de collat.* Quæ aliter dicuntur, Juris explorati *l.* 7. *C. de usufr. l.* 7. *C. de rei vind. l.* 7. *C. de cond. ind. l.* 1. *C. si cert. pet. l.* 8. *C. quod cum eo l.* 6. *C. de pact. conv.* & passim.

Cum igitur in nostra lege supponat Paulus de alio Sticho emptorem, de alio sensisse venditorem: certum est pactum, 26
& non ambiguum, ac nulla incidit voluntatis quæstio; quare nec conjecturis opus est ad indagandam contrahentium voluntatem, nec admittitur interpretatio. *l. continuus* §. *cum ita. in fin. ff. de verb. oblig. l. pediculis* §. *argento ff. de auro, & arg. leg. l. in lege* 77. *ff. de contr. empt. l. cum manu* 80. §. *sylva ff. eod. l. cum in lege* 33. *in fin. ff. eod.* In ambiguis enim & obscuris, & in quibus incertum est quid acti sit, desideratur interpretatio. *l. in ambiguis, & l. in contrahenda* 172. *ff. de Reg. Jur. l. sapienda* 168. §. 1. *l. ea quæ* 192. §. 1. *ff. eod. l. nepos* 125. *ff. de V. S. l. stipulatio ista* 38. §. *in stipulationibus ff. de V. O. l. cum in testamento* 24. *ff. de reb. dub. l. in Prætoriis* 9. *ff. de Præt. stipul.* Cic. *lib.* 2. *de Invent. Cum lex contractus aperte scripta est, Judex ei parere debet, non interpretari.*

Sed, inquiet aliquis, Stichi nomen, quo usi sunt contrahentes, ambiguum est, *l. ubi ff. de reb. dub.* Est utique ambiguum: non hoc negamus. Atqui nullum fere verbum ambiguum non est, ut ait Cicero: sed cum constat quid senserint contrahentes, non est amplius ambiguum, nam id solum significat, quod voluerunt contrahentes, non utrumque *l.* 3. *ff. de reb. dub. l. nepos* 125. *ff. de V. S. l. in ambiguis* 96. *ff. de Reg. Jur.* quia voluntas potius, quam ver-

verba ſpectantur *l. in conventionibus ff. de V. S.* Auct. *ad Heren. lib.* 4. *per ambiguum, cum verbum poteſt in duas pluresve ſententias accipi, accipitur in eam partem, quam vult is, qui dixit*. Sed rurſus opponet aliquis. In noſtra lege ita Paulus: *Si in emptione fundi dictum ſit accedere Stichum ſervum, nec intelligatur, quis ex pluribus acceſſerit*. Ambiguum igitur, quia non intelligitur quis ex pluribus acceſſerit. Non ita eſt. Aliud eſt,
27 quod non intelligatur, quid ſenſerint contrahentes: aliud, quod non intelligatur, quis acceſſerit. In noſtra lege intelligitur quid ſenſerint contrahentes, quia de alio emptor, de alio venditor ſenſit: non tamen intelligitur, quis acceſſerit venditioni, quia in eodem ſervo non convenerunt contrahentes: & niſi hoc a Jure ſtatuatur, id neque ex verbis, neque ex mente contrahentium poteſt intelligi; quia tam verba, quam voluntas utrumque Stichum comprehendunt, cum tamen unus tantummodo debeat accedere. Idemque accidit in omni errore: nam licet conſtet, non conveniſſe contrahentes; non tamen intelligitur utra res in contractum deducta ſit; cum hic de illa, ille de alia re ſenſerit, atque contraxerit.

Veniamus ad id, quod ſecundo loco propoſuimus explicandum. Cum non ſit ambiguum pactum, non eſt interpretandum contra venditorem, quia nulla opus eſt interpretatione. Imo ſervus ille præſtandus eſt, quem venditor intellexerit. Quid ita? quia cum contrahentes erraverint, ſi quidem ſervus non eſſet venditus per acceſſionem, non valeret emptio: ſed cum valeat emptio, quia per acceſſionem venditus eſt, ut initio expoſuimus, nulla cauſa eſt, cur dicamus hunc potius, quam illum fuiſſe venditum. Emptor probat, ſe de hoc ſenſiſſe: contra venditor probat, ſe ſenſiſſe de alio: uterque videtur in obligationem deductus, non quod uterque ſit præſtandus, ſed quod alteruter ex his duobus ſit præſtandus. Eo
28 itaque res redit, ut videatur venditus Stichus, vel in genere unus ex illis duobus, quos habebat venditor; vel alternative, hic, aut ille Stichus: utroque enim modo res eodem recidit. Atqui ſi venditus eſſet Stichus in genere, vel alternative, præſtandus eſſet ille, quem venditor intellexit, & elegit. *l. ſi ita* 25. *& eadem l. ſi in emptione* 34. §. *pen. ff. de contr. empt.* Nam in contractibus quoties plures res in genere, aut alternative deducuntur in obligationem, debitoris eſt electio *l. qui ex pluribus* 106. *ff. de verb. obl. l. plerumque* 10. *in fin. ff. de jur. dot. l.* 2. §. *Scævola ff. de eo quod cert. loc.* §. *ſi quis agens* 33. *verſ. huic autem. Inſt. tit. de act.* Et hanc ſententiam mirifice probat text. in *l. comprehenſum* 60. *ff. de contr.* 29
empt. ibi: *comprehenſum erat in lege venditionis dolia ſexaginta emptori acceſſura, cum eſſent centum: in venditoris fore poteſtate reſponſum eſt, quæ vellet dare:* (ac ne poſſint hic Interpretes captare verbum *emptionis*, ut in noſtra lege; obſervandum hic nominari venditionem) ſic in noſtra lege dictum erat acceſſurum Stichum, cum duo eſſent Stichi ſervi, utique in poteſtate venditoris eſt, quem velit dare; nempe quem probat, ſe voluiſſe accedere. 30
Similis eſt text. *in l. ſi. ſervus, penult.* §. *ult. ff. de act. empt.* in qua eſt obſervandum, quod continetur ejuſdem Labeonis ſententia a Paulo confirmata, quemadmodum in noſtra lege *ſi in emptione* 34. *ff. de contr. empt.*

Poſtremo ad explicationem ejus legis animadvertendum eſt, quod ait Paulus, *eum ſervum præſtandum, quem venditor intellexerit:* non vero *quem venditor elegerit*, quia, cum non poſſit conſtare, de alio ſenſiſſe venditorem, niſi id ipſe probet: utique eum ipſum dare vult; fruſtra enim 31
contenderet cum emptore, ſi vellet ei dare ſervum illum, quem emptor deſiderat, ac voluit accedere venditioni. Itaque hunc ipſum venditor elegit, quem intellexit, & quem accedere voluit; nam ſi hunc non eligeret, emptori daret eum quem petiit, nec contenderet, ſe de alio ſen-

sensisse. Nec æquum est, ut cum voluerit unum vendere, atque eo animo contraxerit, mutet modo voluntatem, & alium eligat; neque enim in contrahendo reservavit sibi electionem, aut eo animo contraxit, ut postea eligere posset; ut evenit in eo, qui contrahit de re in genere, vel disjunctim: sed contraxit ea mente, ut se obligaret ad dandum Stichum, quem tunc intellexit, adeoque non potest mutare electionem.

CAPUT III.

AD L. GRÆCE 8. §. ILLUD *commune ff. de fidejuss.*

SUMMARIUM.

I. *Explicatur* l. Græce 8. §. illud commune ff. de fidejuss.
II. *Quid significet verbum* omnino, *&* omnino non, *tam apud Veteres Scriptores, quam apud Veteres Jurisconsultos.*
III. *Qui de universis loquitur, nihil excipit.*
IV. *Fidejussor in duriorem causam adhibetur quatuor modis.*
V. *Verba*, non in solidum, *convenire non possunt fidejussoribus, qui loco, tempore, aut causa plus promittunt.*
VI. *Hi nullo modo, nullaque ex parte obligantur.*
VII. *Generaliter & sine ulla exceptione semper traditum est, fidejussores in duriorem causam accipi non posse.*
VIII. *Fidejussor non solum obligari, sed etiam accipi, & adhiberi in duriorem causam prohibetur.*
IX. *Aliud est accipere fidejussorem: aliud eum obligari.*
X. *Vitium in forma vitiat actum.*
Forma non potest suppleri, neque actus redigi potest ad formam Juris.
XI. *Utile per inutile non vitiatur.*
XII. *Hac regula non habet locum, cum vitium est in forma actus.*
XIII. *Fidejussor plus promittens in aliam obligationem accipi videtur.*

NEscio, quo fato factum fuerit, ut, cum & a Veteribus Jurisconsultis traditum sit, & ab Antiquis Interpretibus constanter approbatum, fidejussorem promittentem majorem quantitatem, quam debeat reus principalis, non obligari: postea repente ab Interpretibus nostris in contrariam sententiam itum fuerit, ad quam tuendam perversa interpretatione coguntur detorquere Ulpiani verba in *l. græce* 8. §. *illud commune ff. de fidejuss.* 1
Ait Ulpianus: *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari.* Verbum illud *omnino* interpretantur, *in solidum*: quasi dixerit Ulpianus, eos quidem in solidum non obligari, sed pro parte, videlicet pro ea parte, pro qua tenetur reus principalis. Sed hæc interpretatio & est contra rectam rationem Latini sermonis, & est plane absurda, & falsam sententiam continet.

Est contra rectam rationem Latini sermonis, quia verbum *omnino* nunquam significat *in solidum*, sed *prorsus*, *funditus*, *plane*, *utique*. Cic. *Tuscul.* 1. *omnino, aut magna ex parte liberatus.* Opponuntur hæc 2
omnino, & *magna ex parte*. Id. *pro Cornel. Balb. Quæ labore hujus aut omnino, aut certe facilius consequuntur.* Idque præsertim postposita adjectione negante, *omnino non*, *omnino nunquam*, & similibus. Cic. *lib.* 2. *Orat. Poetas omnino, quasi aliena quadam lingua loquutos, non conor attingere.* & *lib.* 3. *ad Attic. epist.* 23. *Scis enim Clodium sanxisse, ut vix, aut omnino non posset, nec per Senatum, nec per Populum infirmari sua lex.* Opponuntur *vix*, & *omnino non*. Id. *lib.* 2. *de Orat. Theopompus, & Ephorus Isocrate Magistro impulsi ad industriam se contulerunt: causas omnino nunquam attigerunt.* & *de Amicit. omnino nusquam reperiri:* & alibi: *omnino nequaquam par.* & alio loco: *ut non multum, aut nihil omnino Græcis cedamus.* & *lib.* 1. *ad Lentulum. epist.* 7. *eaque, quæ de ea scripta est auctoritas, cui scis intercessum esse, ut ne quis omnino Regem reduceret.* Horat. *Sermon. lib.* 2. *Sat.* 8. ——— *Ut nihil omnino gustaremus.*
Terent. *in Andria.*

Nem-

Nempe huic prorsus illam non dat.
Id. *in Eunuch. Illum liquet mihi dejerare his mensibus, sex, vel septem prorsum non vidisse proximis.*

Nec aliorsum in Jure nostro usurpantur hæc verba. In *l.* 1. §. *ult. ff. de oblig. & action. Non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed qui omnino non exaudit.* In *l. continuus* 137. §. *cum quis ff. de V. O. Cum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram Titius vendiderit, ubi conditio Jure impleri omnino non potest.* In *l.* 1. §. *sed utrum ff. de eo, qui pro tutor. & si quidem omnino non attigit tutelam, non tenebitur.* In §. *item surdus Instit. tit. quib. non est permiss. fac. testam. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non de eo, qui tardius exaudit.* In §. *mutum Instit. tit. de inut. stipul. unde apparet non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed de eo, qui omnino non audit.* Est etiam absurda hæc interpretatio, absurdam enim sententiam affingit Ulpiano. Quod ut demonstremus, duo præmittenda. Primum, quod hic agit Ulpianus de omnibus fidejussoribus, qui in duriorem causam adhibentur. *Illud com-*
3 *mune est in universis.* Cic. 4. *Acad. quæst. Hæc loquor de universis. nihil excipit, de quo non profiteatur. quid enim esse potest extra universa?* Non tamen hoc ita accipiendum est, ut comprehendat etiam mandatores, & reos constitutæ pecuniæ, tum quia in hac longissima lege non agitur nisi de fidejussoribus, & regula proposita explicatur solummodo exemplis fidejussorum: tum quia verba illa, *qui pro aliis obligantur*, proprie conveniunt fidejussoribus, qui semper pro aliis obligantur, & ideo fidejussores per antonomasiam dicuntur illi, *qui pro aliis obligantur*: nam mandatores, & rei constitutæ pecuniæ plerumque pro se ipsis, non pro aliis obligantur: tum denique quia falsa esset sententia, si comprehenderet hos omnes. Etenim reus constitutæ pecuniæ in duriorem causam recte accipitur *l.* 1. §. *an potest. l.* 4. *l. eum qui* 5. *l. id, quod* 19. *ff. de const. pecun.* Loquitur igitur Ulpianus de solis fidejussoribus: sed tamen de universis fidejussoribus, qui in duriorem causam adhibentur.

Secundo præmittendum est, quod qua- 4
tuor modis in duriorem causam fidejussor adhibetur, vel ratione loci, vel ratione temporis, vel ratione causæ, vel ratione quantitatis. Ratione loci, si aut certo loco, aut alio loco minus commodo promittat *l. si fidejussor.* 16. §. 1. & 2. *ff. de fidejuss.* ratione temporis, si id agatur, ut fidejussor vel obligetur, vel conveniri possit ante reum principalem: cujus rei exempla proponuntur in hoc nostro §. *illud commune, versic. item. in l. fidejussor.* 16. §. *pen. in l. si a reo* 70. *in princ.* & §. 1. *ff. de fidejuss.* ratione causæ in obligationibus disjunctim contractis, quoties, aut fidejussor non habet electionem, quam reus principalis, aut caret spe liberationis, quam habet principalis, ut in nostra *lege græce* 8. §. *si quis Stichum*, & §. *seq. in l. hi, qui* 34. *ff. de fidejuss.* ratione quantitatis, si plus promittat. §. *fidejussores Instit. tit. de fidejuss.* & *nostro* §. *illud commune.*

His præmissis constat, quam absurdam locutionem affingant Ulpiano, qui verba illa *omnino non*, interpretantur, *non in solidum*. Cum enim hæc verba referantur necessario ad quantitatem, non possunt ullo modo convenire illis fidejussoribus, qui vel ratione loci, vel temporis, vel causæ in duriorem causam adhibentur; 5
& tamen de his maxime agit Ulpianus in laudata lege. Quis enim dixerit, eum, qui loco minus commodo promittit, aut citeriore die, aut pure pro reo sub conditione obligato, & his similes fidejussores *in solidum non obligari?* Ne Barbari quidem ita loquuntur. Quid enim attinent ad locum, ad tempus, ad causam, verba, *in solidum?* Ridenda insulsitas est, hoc modo leges interpretari.

Nec solum insulsam locutionem, sed etiam falsam sententiam affingunt Ulpiano, perversa hac interpretatione. Falsum est

est enim, quod illi, qui adhibentur in duriorem causam tribus illis modis, quos primos recensuimus, in solidum non obligantur. Certum est enim, eos nullo modo, nulla ex parte obligari, ut constat
6 ex legibus supra laudatis. Qui autem dicit, aliquem in solidum non obligari, supponit, eum aliquo modo, aliqua ex parte obligari. Itaque illa locutio & convenit solis fidejussoribus plus quantitate promittentibus, & in his solummodo vera est: in ceteris, & absurda est, & falsam continet sententiam; & tamen de his potius agitur, quam de illis, ut demonstrant exempla, quæ ibi subjiciuntur.

Et sane semper in Jure nostro traditum est, fidejussores in duriorem causam accipi non posse, eos non obligari, plus esse non posse in accessione, quam in re principali *l. græce* 8. §. *illud commune l.*
7 *bi, qui* 34. *ff. de fidejuss.* §. *fidejussores Instit. tit. de fidejuss.* Nec usquam excipiuntur fidejussores, qui majorem quantitatem promiserunt. Cum enim omnes alii nullo modo obligentur, utique necessario debebant nos admonere Veteres Jurisconsulti, hos illis esse dissimiles, & in summa a reo principali debita obligari.

Ac si prohibitum solummodo esset a lege, fidejussores non obligari in duriorem conditionem; admitti fortasse posset communis sententia, juxta quam fidejussor in majorem summam non obligatur. Licet enim majorem summam promiserit, ac propterea fuerit acceptus in duriorem causam; tamen detrahitur a promissione summa excedens, & in ea inutilis est promissio: valet autem in summa a reo debita, & in ea fidejussor obligatur. Quapropter in majorem summam non obligatur, ut ipsi ajunt. Equidem si a lege solummodo prohiberetur obligatio in majorem summam, & in duriorem causam; hæc fortasse viderentur habere rationem.
8 Sed animadvertere oportet, quod non prohibetur fidejussor obligari solum, sed etiam accipi, & adhiberi in duriorem causam. Ulpianus in nostro §. *illud commune: si fuerint in duriorem causam adhibiti.* & rursus: *in leviorem plane causam accipi possunt: propter quod in minorem summam recte fidejussor accipietur.* Paulus in *l. bi, qui,* 34. *ff. de fidejuss. bi, qui accessionis loco promittunt, in duriorem causam accipi non possunt,* Papinianus *in l. si testamento. in fine eod. ne in duriorem causam, contra Juris formam acceptus intelligatur.* Julianus in *l. fidejussor* 16. §. *pen. ff. de fidejuss. stipulatione in diem concepta, si fidejussor sub conditione accipiatur.* Hoc ipsum igitur est contra legem, accipere, & adhibere fidejussorem in duriorem causam: adeoque ut sit inutilis fidejussio, & pro infecta habeatur, sufficit, fidejussorem acceptum fuisse in duriorem causam *l. non dubium C. de legib.* frustra igitur conantur redigere ad formam Juris obligationem, eam amputando, & circumcidendo, cum ipsa acceptio fuerit contra formam Juris. Aliud enim est accipere fidejussorem in duriorem causam, aliud eum obligari *d.* §. *illud commune.* ibi: *si fuerint in duriorem causam adbibiti, placuit, eos* 9
non obligari; & infra, *si reus sub conditione fuerit acceptus, fidejussor pure, non obligabitur.* Et passim in tota illa lege distinguuntur inter se, *accipi fidejussorem, & obligari. & in l. fidejussor* 16. §. *qui certo loco, &* §. *fidejussor ff. de fidejuss.* Præcedit enim acceptio, subsequitur obligatio, & licet acceptus, & adhibitus fuerit fidejussor; tamen sæpenumero non obligatur, ut in laudatis legibus. Licet igitur dicamus, fidejussorem promittentem majorem summam obligari solum in summa debita; tamen non ideo minus verum erit, eum acceptum fuisse in duriorem causam, hoc est, contra Juris formam, adeoque actum accipiendi fidejussorem inutilem fuisse, & nullam ex eo oriri potuisse obligationem. Accipitur enim in duriorem causam fidejussor, cum id agitur inter contrahentes, ut ipse plus debeat, quam principalis. Non potest autem negari, actum fuisse inter contrahentes, ut plus debeat fidejussor, quam prin-ci-

cipalis, quoties majorem summam promittit.

Præterquam quod etiamsi contra formam Juris peccaretur solum, quando fidejussor esset in majorem summam obligatus: non vero quando majorem summam promittit, quod falsum esse demonstravimus: tamen obligatio contra formam Juris contracta, non posset ad formam Juris redigi, amputando summam
10 excedentem. Nam illud omnibus commune est Philosophis, Theologis, Jurisconsultis; vitium in forma vitiare omnem actum, nec formam suppleri posse: & ad rem nostram accommodatum exemplum suppeditat nobis Papinianus in *l. filius* 15. *ff. de condit. Instit.* Filius in potestate non potest a Patre institui sub conditione, nisi ea sit in ipsius potestate. Hæc est forma Jure præscripta. *l. suus* 4. *in princ. ff. de hæred. instit. l. Lucius* 83. *ff. de condit. & demonstr. l. si pater C. de Inst. & subst.* Quidam filium instituit sub conditione impossibili, & a legibus improbata. Non est hæc in potestate filii *d. l. filius* 15. videbatur nihilominus dicendum, valere institutionem: quia cum ab ultimis voluntatibus detrahatur conditio, & pro non adjecta habeatur, pure videtur filius institutus *l. obtinuit ff. de cond. & dem. l.* 1. *ff. de cond. instit.* §. *impossibilis Inst. tit. de hæred. instit. l. conditiones* 14. *ff. de cond. inst. l. non dubitamus ff. de cond. & demonstr. l. un. C. de his, qui pœnæ nom.* & tamen ait Papinianus non valere institutionem: licet enim hujus generis conditio semper ab institutione detrahatur, & pro non scripta habeatur: non detrahitur tamen ab institutione filii repugnante Juris forma. Quanto minus detrahetur quantitas excedens contra formam Juris. Ac si liceret ex fidejussione detrahere id, quod efficit duriorem conditionem fidejussoris, omnes prope fidejussiones ad formam Juris redigi possent, adeoque valerent. Detrahe locum ex fidejussione, de qua in *l. fidejussor* 16. §. *qui certo ff. de fidejuss.* & non obligabitur in duriorem causam. Detrahe decem ex fidejussione, de qua in *l. græce.* §. *si quis Stichum ff. eod.* & non erit durior conditio fidejussoris.

Neque in hac causa locum habet regula, quod utile per inutile non vitiatur, & quod vitium in excessu quantitatis non vitiat totum actum *c. utile de Reg. Jur. in 6. l.* 5. §. *generaliter l. sed si* 11
vir. §. *si vir uxori ff. de don. int. vir. & uxor. l. placuit* 29. *de usur. l.* 1. §. *Trebatius ff. de aqua quotid.*

Hæc enim regula obtinet, cum lex statuit certam quantitatem, quam excedere non liceat: tunc enim vitiatur solus excessus, quia vitium est solummodo in excessu. Contra vero quando lex statuit aliquid de natura actus, eique formam præscribit, tune quia vitium est in ipsa natura, formaque actus, necesse est, ut totus actus corruat. Hujus accessionis natura, & forma a Jure præscri- 12
pta est, ut in ea plus esse non possit: quam in principali obligatione §. *fidejussores Inst. tit. de fidejuss.* ut non possit fidejussor accipi in deteriorem conditionem, *l. si testamento* 49. *in fin. ff. de fidejuss.* adeoque vitium inest naturæ, formæque fidejussionis, totamque subvertit: actus enim est individuus *l.* 1. §. 1. *l. continuus ff. de V. O.* itaque non potest esse pro parte secundum Juris formam, & pro alia parte contra formam Juris. Exempla in *l. in hoc judicio* 27. *ff. famil. hercisc. in l. Pedius* §. 1. *ff. de recept. arbitr. in c. cum de non sacerdotali. de præb. in 6. in c. ad audientiam, ubi DD. de reb. Eccl. alien.*

His omnibus accedit, quod cum fidejussor majorem summam promittit, in aliam obligationem accipi videtur. To- 13
ties enim in aliam obligationem accipi dicitur fidejussor, quoties in contrahenda fidejussione agitur, ut fidejussor aliquid debeat, quod non debet reus principalis, ut infra probabimus. Itaque alio etiam de nomine inutilis est fidejussio *lege si ita* 42. *& l. græce.* §. *si quis Stichum ff. de fidejuss.*

Argu-

Argumenta, quibus contraria sententia probatur, non magnam vim habent ad persuadendum.

CAPUT IV.

AD L. GRÆCE 8. §. SI QUIS

Stichum, & in l. si ita 42. ff. de Fidejuss.

SUMMARIUM.

I. Fidejussor pro eo, qui non est obligatus, obligari non potest.
II. Item accipi debet in eamdem obligationem.
III. Quando in aliam obligationem acceptus intelligatur.
IV. Pro eo, qui Stichum debet, non potest promittere Stichum, aut decem.
V. Nec pro eo, qui decem debet, promittere potest decem, aut Stichum.
VI. Pro eo, qui Stichum & Pamphilum debet, promittere potest Stichum, aut Pamphilum.
VII. Pro eo, qui debet Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit, non potest promittere Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit.
VIII. Pro eo, qui debet Stichum, aut Pamphilum, utrum creditor voluerit, potest promittere Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit.
IX. Explicatur, & conciliatur l. si Stichum 38. ff. de fidejuss.
X. Explicatur, & conciliatur l. qui accessionis 34. ff. eod.
XI. Quando propter facultatem eligendi vitietur, aut non vitietur fidejussio.
XII. Aliud est merx, aliud æstimatio: & merx pecunia æstimatur, non pecunia merce.
XIII. Pro merce æstimata fidejussor recte promittit æstimationem.
XIV. Pro fundo debito potest promittere usumfructum.
XV. Ususfructus separatus a proprietate est jus fundi: conjunctus est portio fundi: & quomodo id accipiendum?
XVI. Fidejussor potest promittere factum rei principalis.
XVII. Factum alienum non recte promittitur nisi sub pœna.
XVIII. Differentia inter fidejussorem, & reum constitutæ pecuniæ.

1 CUm fidejussio sit accessio principalis obligationis §. *fidejussores Instit. tit. de fidejussor.* non potest obligari fidejussor pro eo, qui non est obligatus *l. fidejussor 16. ff. de fidejuss.* & si nulla subsit principalis obligatio, inutilis est etiam fidejussio *l. si mihi. l. qui contra. l. si sub impossibili. l. si quis pro eo. in princ.* & in §. *si nummos. l. si a reo. in fin. l. si debitori ff. de fidejuss.* Cum autem fidejussor omnino debeat accedere principali obligationi, & promittere pro eo, qui est obligatus; 2
debet etiam accipi in eamdem obligationem, & promittere id ipsum, quod debet reus principalis. Si in aliam obligationem accipiatur, non valet fidejussio, ut respondet Ulpianus ex sententia Marcelli in *l. græce 8. §. si quis Stichum. vers. Marcellus ff. de fidejuss.* & si promittat id, quod reus principalis non debet, non obligatur *l. si ita 42. ff. eod.*

In aliam obligationem accipi dicitur 3
fidejussor, quoties id agitur in contrahenda fidejussione, ut ipse aliquid debeat, quod reus principalis non debet. Exemplum proponitur in laudata *l. si ita ff. de fidejuss.* Reus debebat decem, fidejussor promittit mille modios tritici: non obligatur. Facit ad rem text. in *l. si a reo 70. §. si reo ff. de fidejuss.* ibi, *an non obligetur, quasi in aliud.*

Alterum exemplum proponitur in nostra lege *græce 8. §. si quis Stichum ff. de fidejuss.* Reus Stichum debet, fidejussor 4
promittit Stichum, aut decem: non obligatur, tum quia durior est ejus conditio, tum quia alia est ejus obligatio.

Tertium proponitur in *eodem §. versic. denique.* Reus debebat decem: fidejussor 5
promittit decem, aut Stichum: non obligatur, licet levior sit ejus conditio: levior est conditio fidejussoris, quia habet electionem, utrum velit solvere decem, an Stichum *l. plerumque 10. ff. de jure dotium §. si quis. versic. huic autem Instit. tit. de action.* In superiore exemplo durior erat conditio fidejussoris, quia reus per mortem Stichi poterat ab obligatione liberari, fidejussor non poterat *l. hi, qui accessionis 34. ff. de fidejuss.* est igitur in postremo exemplo levior conditio fi-

dejuſſoris; ſed tamen non tenetur, quia
in aliam obligationem acceptus eſt. Etenim in obligatione fidejuſſoris eſt Stichus,
qui non eſt in obligatione rei principalis.

Hic autem duo oportet animadvertere ad hujus legis explicationem. Primum,
quod alia eſt obligatio, etiamſi in obligatione ſit etiam id, quod reus debet.
In utraque enim obligatione ſunt decem: ſed quia in obligatione fidejuſſoris eſt
etiam Stichus, idcirco in aliam obligationem acceptus intelligitur: vel ſaltem
eſt in ejus promiſſione, quod verius eſt. Sufficit igitur, eum promiſiſſe aliquid,
quod reus non debet.

Præterea, quod non ideo alia dicitur fidejuſſoris obligatio, quod disjunctim
concepta ſit, quaſi hac de cauſa ab alia differat, & impediat, quominus fidejuſſor
obligetur. Nam ſi reus debeat Stichum, & Pamphilum, fidejuſſor autem
6 promittat Stichum, aut Pamphilum: licet hæc disjunctim, illa conjunctim concepta ſit;
tamen fidejuſſor tenetur, laudata *l. græce* §. *penult. ff. de fidejuſſ.* quia
nihil promittit, quod non debeat reus, nec quicquam debere poteſt, quod ab illo
non debeatur. Contra etſi utraque promiſſio disjunctim concipiatur, fieri poteſt,
ut fidejuſſor non obligetur, tamquam in aliam obligationem acceptus. Reus debet
Stichum, aut Pamphilum utrum ipſe voluerit. Fidejuſſor promittit Stichum, aut
Pamphilum, utrum ipſe voluerit. Videntur omnino ſimiles hæ duæ obligatio-
7 nes. Fidejuſſor tamen non tenetur, quia in poteſtate ejus eſt alium velle, quam
reus voluiſſet *l. ſi Stichum* 38. *ff. de fidejuſſ.*

Contrarium tamen videtur reſpondiſſe Ulpianus in noſtra *l. græce* §. *contra*. Reus
promiſit Stichum, aut Pamphilum, quem creditor voluerit: Fidejuſſor promittit
Stichum, aut Pamphilum, quem ipſe
8 voluerit. Obligatur fidejuſſor: & tamen videtur in aliam obligationem acceptus,
ſicut in ſuperiori exemplo.

Sed ſimilia non ſunt hæc duo exempla. In ſuperiori exemplo petito ex *l. ſi*
Stichum 38. *ff. de fidejuſſ.* eſt in poteſta- 9
te ipſius fidejuſſoris alium velle, & ideo præſumitur, ipſum velle alium, ne teneatur,
argumento text. in *l. ſi ita ſtipulatus* 12. *ff. de V. O. l. ſub hac ff. de oblig.
& act.* Quoties enim ad impediendam, vel minuendam obligationem, ſufficit voluntas
debitoris, ea non expectatur, & etiam ſine ulla declaratione præſumitur a Lege
ſtatim voluiſſe. Contra vero in altero exemplo, cum id pendeat a voluntate
creditoris, cujus eſt electio, non præſumitur alium velle, quam fidejuſſor ipſe
velit, ne corruat ejus obligatio. Eadem enim ratione, qua præſumitur, debitorem
nolle teneri, præſumitur, creditorem velle eum obligari. Si enim noluiſſet, eum
obligari, non accepiſſet fidejuſſorem. Igitur creditor aut reum prius conveniet,
& eo ſolvente, fidejuſſor liberabitur. Aut conveniet prius fidejuſſorem, & petet
ab eo Stichum, aut Pamphilum: nec enim aliter agere poteſt §. *ſi quis agens Inſt. tit. de act.*
Satius eſt autem prius convenire fidejuſſorem: ne ſi convenerit reum, atque ita
elegerit, eo non ſolvente, fidejuſſor liberetur alium eligendo; ſed cum hæc omnia
poſita ſint in poteſtate creditoris, cujus intereſt habere fidejuſſorem obligatum,
non obſtant ejus obligationi, nec poteſt præſumi, alium velle, quam velit ipſe fidejuſſor.

Contrarium quoque videtur reſpondiſſe Paulus in *l. hi, qui acceſſionis* 34. *ff. de* 10
fidejuſſor. Reus debebat Stichum, aut Pamphilum; fidejuſſor promittit Stichum:
levior eſt ejus obligatio, quia mortuo Sticho liberatur. Adeoque recte contracta
eſt fidejuſſio. Eſt hic in poteſtate debitoris alium velle, quam debeat fidejuſſor;
nec ejus intereſt obligari fidejuſſorem, vel ſaltem magis ei expedit, habere
liberam electionem, quam fidejuſſorem eſſe obligatum.

Animadvertendum eſt, in hac lege nihil a Paulo definiri quoad obligationem
fidejuſſoris, ſed ſolum ab eo in controverſiam adduci, ac definiri, leviorem eſ-
ſe

se fidejussoris conditionem. Puto igitur, valere quidem fidejussionem, sed hactenus pendere, quamdiu debitor elegerit, quemadmodum cum futuræ, aut conditionali obligationi accedit. Sed hæc quæstio pendet ab altera quæstione, an in promissione disjunctiva, utraque res sit affecta obligatione, an vero debeatur quid incertum, quod solutione certum fiat. Si primum, non erit in pendenti obligatio fidejussoris, quia debebit Stichum, quem debet etiam reus principalis. Si secundum, erit in pendenti obligatio quamdiu constat, an Stichus, vel Pamphilus debeatur. Hoc autem videtur multo rectius: nam si primum admittamus, & illud probandum erit in *l. si Stichum* 38. *ff. de fidejuss.* obligari fidejussorem, quod falsum est.

His positis hæc regula statuenda videtur. Quoties electio est fidejussoris, 11 inutilis est fidejussio. *Si Stichum* 38. *ff. de fidejussor.* quia præsumitur, alium velle. Quoties autem electio est creditoris, initio valet fidejussio: quia præsumitur, in eodem concurrere. *l. græce.* §. *contra ff. de fidejuss.* Denique quando electio est debitoris, quia incertum est, quem sit electurus, in pendenti est obligatio fidejussoris. Atque ita exponendum puto textum in laudata *lege. Hi, qui accessionis* 34. *in fine ff. de fidejuss.*

Sed iterum obstat text. in nostra *lege si ita* 42. *in fine ff. de fidejuss.* ubi Javolenus ait, quod si reus debeat decem, fidejussor non potest promittere mille modios 12 tritici. Subdit hanc rationem; quia non potest pecunia æstimari merce, sicut merx æstimatur pecunia. Quibus verbis indicat, quod si reus deberet mille modios tritici, fidejussor posset promittere decem; tunc enim merx pecunia æstimaretur. Atqui aliud est merx, aliud ejus pretium, & æstimatio *l. 1. ff. de rer. permut. l. 1. §. 1. in fin. ff. de contr. empt. §. si res aliena Inst. tit. de legat.*

Respond. quod Jurisconsultus non statuit, fidejussorem promittere posse æstimationem rei debitæ a principali debitore: sed quod non potest promittere mercem pro pecunia debita, quia pecunia merce non æstimatur, sicut merx æstimatur pecunia. Ex hoc illud recte de- 13 ducitur, quod numquam fidejussor potest pro pecunia mercem promittere; poterit tamen pecuniam pro merce promittere: cum merx pecunia fuerit æstimata. Et hoc verissimum est. Si reus principalis debeat mercem pecunia æstimatam, potest fidejussor pecuniam illam, hoc est, æstimationem promittere. Ratio est in promptu, quia & ipse reus principalis debet eamdem æstimationem *l. quoties ff. de jure dotium.* quare non accipitur in aliam obligationem. Posset etiam tentari, quod cum ibi agatur de mutuo, in quo juxta communem sententiam creditor post moram eligere potest utrum velit, rem, an æstimationem per *text.* in celebri *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.* fidejussor obligari possit in æstimationem, quam commissa mora utique electurus est creditor, ut fidejussorem habeat obligatum secundum ea, quæ supra diximus. Quod non valde probo, cum Interpretum nostrorum commentum putem illam electionem.

Opponi etiam potest, quod si reus fundum debeat, potest fidejussor usumfructum promittere *l. si a reo* 70. §. *si reo ff. de fidejuss.* sed aliud est fundus, aliud ejus 14 ususfructus *l. recte* 25. *ff. de V. S. l. & per jusjurandum* 13. §. *illud ff. de acceptil.*

Respondetur, quod fidejussor, qui promittit usumfructum pro eo, qui debet fundum, similis est ei, qui promittit partem pro eo, qui totum debet, *l. qui* 15 *usumfructum* 58. *ff. de V. O.* Licet enim ususfructus a proprietate separatus, non sit pars fundi, sed fundi jus, ac servitus *l. Mævius* §. *fundo legato ff. de legat.* 2. *l. recte ff. de V. S.* tamen conjunctus cum proprietate portionis instar est *d. l. qui usumfructum ff. de V. O. l. si ab emptore ff. de evictione.* Et hunc usumfructum promittit fidejussor. Ac si a reo principali solutus fuerit fundus deducto usufructu: si-

cut creditor potest a reo principali usumfructum petere *l. cum qui ita 56. §. si a te ff. de V. O.* ita poterit eumdem usumfructum petere a fidejussore. Et quamvis eo casu jus fundi sit, tamen incivile est fidejussorem non teneri *l. si a reo 70. §. si reo ff. de fidejuss.* emolumentum enim rei continet *l. Mævius 66. §. fundo legato ff. de leg.* 2. & sicut peti potest a debitore principali, ita & a fidejussore. Neque enim petitur tamquam jus, sed tamquam pars avulsa a proprietate, quia quoad eum, cui fundus debetur, partis instar obtinet, *l. cum filius 76. §. dominus ff. de leg.* 2. licet quoad fructuarium sit jus distinctum, & diversum ab ipso fundo.

Posset etiam alicui scrupulum injicere, quod fidejussor promittere potest fa-
16 ctum rei principalis *l. cum filius 49. ff. de fidejuss.* Hoc autem cum sit factum alienum promitti non potest, nisi sub pœna *l. stipulatio ista 38. §. at si quis ff. de*
17 *V. O. l. sicut 65. ff. de fidejuss.* Potest igitur promittere quod non debet reus principalis.

Respondetur, quod ipse reus principalis si non fecerit, tenetur vel ad pœnam, vel in id, quod interest *l. si quis 13. in princ. & in fin. ff. de re judic.*

Qui putant, fidejussorem similem esse reo constitutæ pecuniæ, possent ab hoc ad fidejussorem ducere argumentum, & concludere, quod sicut aliud pro alio constitui potest *l. 1. §. an potest ff. de const. pec.* ita & aliud pro alio possit a fidejussore promitti.

Sed non sunt similes fidejussores, & rei constitutæ pecuniæ. Reus constitutæ pe-
18 cuniæ potest plus promittere *l. hactenus §. 1. ff. de const. pecun.* potest promitti ei, qui non est creditor *l. eum, qui §. quod exigimus ff. eod.* potest constitui frumentum pro pecunia *l. 1. §. an potest ff. eod.* potest constitui citeriore die *l. 4. ff. eod.* & potest pure, vel certo die constitui id, quod sub conditione debetur, & eadem conditione suspenditur *l. id, quod sub conditione 19. ff. eod.* & potest constitui alio loco *l. eum, qui 5. ff. eod.* Quæ omnia in fidejussione sunt improbata *l. græce 8. §. illud commune, cum seqq. l. fidejussor. 16. in princ. §. 1. & seq. l. hi, qui 34. l. si a reo 70. ff. de fidejuss. §. fidejussores Inst. tit. eod.* Constituta enim sola æquitate nituntur *l. 1. ff. de const. pec.* In fidejussione autem strictam Juris rationem sequimur *l. quicquid adstringendæ ff. de V. O.*

CAPUT V.

AD L. ULT. §. SI MULIER

Pen. ff. ad S. C. Vellejan.

SUMMARIUM.

I. Mulier an possit renuntiare S. C. Vellejano.
II. Causa cur mulieribus interdicatur intercessio.
III. Civilia officia interdicta sunt fœminis: & quæ ea sint.
IV. Ad civilia officia non admittitur mulier etiamsi renuntiet.
V. Fœminæ cur arceantur a tutela.
VI. Beneficia ac privilegia, quæ dantur ob meritum, non dantur invitis: contra, quæ dantur ob imbecillitatem, dantur etiam invitis.
VII. In fraudem Senatusconf. excogitata rata non sunt.
VIII. Renuntiatio est in fraudem Legis.
IX. Renuntiatio Legis Falcidiæ est in fraudem Legis.
X. Renuncians post biennium tenetur.
XI. Cur mulier obligetur, si post biennium confirmet obligationem.
XII. Mulier post biennium potest consentire alienationi rerum propter nuptias donatarum.
XIII. Si mulier debitorem liberet, actio creditori restituitur.
XIV. Quis dicatur vetus debitor?
XV. Mulier tuta est, etiamsi non opposita exceptione fuerit condemnata.
XVI. Vellejanum non succurrit mulieri exercenti liberalitatem suam.
XVII. Non decipitur mulier in casu proposito in l. ult. ff. ad Senatusconsultum Vellej.
XVIII. Mulier etiam renuncians decipitur.
XIX. Cur mulier intercedendo decipiatur.
XX. Pupillarum causa favorabilior quam mulierum.

POmponius ait: *Si mulier pro eo, pro quo intercessit judicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio de-*

detur: Quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debet exceptione se non usuram, & sic ad Judicem ire. Ex
1 hac lege id effici putant Interpretes nostri, mulierem posse renunciare Senatusconsulti Vellejani beneficio. Atque id confirmant, tum quia quilibet potest privilegio suo, ac beneficio renunciare *l. si Judex ff. de minor. l. pen. C. de pact. l. invito ff. de Reg. Jur.* tum, quia mulier certior facta de Senatusconsulto, eique renuncians, non meretur ejus auxilium, cum non decipiatur, imo ipsa decipiat creditorem *l. 1. §. 2. & 3. l. si decipiendi 30. ff. ad S. C. Vellejan.* tum denique, quia id mulieri promitti videtur tum in *Nov. 118. c. 5.* tum *in l. si mulier perfectæ C. ad S. C. Vellejan.*

Ego tamen, ut contra sentiam, mo-
2 veor his argumentis. Primum, quia potissima causa removendi mulieres ab intercessione, fuit, quia pro alio intercedere est officium virile, ac civile. Officia autem virilia, ac civilia dempta sunt fœminis: adeoque multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris. Hæc est unica ratio, qua nititur Senatusconsultum Vellejanum, tum a Paulo exposita in *l. 1. §. 1. ad S. C. Vellejan.* tum in ipso Senatusconsulto expressa, cujus verba relata sunt in *l. 2. §. 1. ff. eod.* Quis autem dixerit, mulierem, quæ obeundis virilibus officiis non est idonea, idoneam effici sua ipsius voluntate, ac renunciatione, contra expressam Senatusconsulti prohibitionem? repugnat constitutio *l. non dubium C. de legib.* Ci-
3 vilia, ac virilia officia sunt: Judicem esse: Magistratum gerere: postulare: procuratorem existere: & pro alio intervenire: & ab omnibus remotæ sunt fœminæ *l. 2. ff. de Reg. Jur. l. cum Prætor 12. §. fin. ff. de judic. l. ult. C. de recept. l. 1. §. secundo loco ff. de postul. l. neque fœminæ 54. ff. de procur.* Quis dixerit, fœminam renunciantem his legibus, quibus arcetur ab hujusmodi officiis virilibus, posse aut Judicem, aut procuratorem existere, aut Magistratum gerere, aut postulare? Si non prodest mulieri renuntiatio, ut ad hæc officia admittatur: multo minus pro- 4
desse potest, ut admittatur ad intercedendum, cum ab hoc officio multo magis arceatur, quam ab aliis: quia in hoc non sola opera, nudumque ministerium mulieris versatur, sed etiam periculum rei familiaris *l. 1. §. 1. ff. ad S. C. Vellej.* Præterquam quod alia officia mulieribus interdicta sunt moribus *d. l. 1. §. 1.* Hoc autem & moribus, & Senatusconsulto, ut indicant illa verba Senatusconsulti: *Tametsi ante videtur ita Jus dictum esse.*

Hic autem monendum est, perverse admodum Interpretes nostros, ex quo periculum rei familiaris versatur in intercessione, statuere mulierem posse intercedere cum renunciatione. Hoc enim efficitur, ut multo magis arcendæ sint fœminæ ab 5
intercessione, non ut ad eam facilius admittantur. *l. 1. §. 1. ff. ad S.C. Vell.* Tutela quoque est officium virile, ac propterea arcentur ab ea fœminæ *l. tutela 16. & l. ult. ff. de tutel. l. 1. C. quando mul. tut. offic.* Ipsa quoque est onus, & quidem grave: in ea quoque versatur periculum rei familiaris. *Inst. tit. de legit. Patr. tut. l. 3. & passim ff. de tutel. toto tit. ff. de admin. & peric. tut.* Et tamen non potest mulier, etiamsi maxime velit hujusmodi periculum subire, etiamsi huic beneficio renunciet, ad tutelam admitti. *Novel. 118. cap. 5. §. hoc autem l. ult. ff. de tutel.* Neque enim per renunciationem effici possunt idoneæ ad subeundum munus, quod proprium est masculorum *d. l. ult.* sublata enim causa periculi, superest alia causa, quæ per renunciationem non tollitur. Maritus quoque non potest renunciare privilegio, ne condemnetur ultra id, quod facere potest. *l. alia 14. §. 1. ff. solut. matrim.* est enim hoc contra reverentiam maritis debitam, quæ causa per renunciationem tolli non potest.

Confirmatur, quia etiamsi mulieres arce-

cerentur ab intercessione ob solum periculum rei familiaris, tamen non possent huic beneficio renunciare. Beneficia non ejusdem modi sunt omnia. Quædam conceduntur ob meritum, virtutemque, & industriam personæ, aut ob commiserationem, ut sunt privilegia Militum, Doctorum, miserabilium personarum, & hujus generis cetera. Quædam tribuuntur ob imbecillitatem, imperitiam, & imprudentiam, ut consulatur quibusdam per-
6 sonis, quæ ipsæ per se sibi satis prospicere non possunt, ut sunt pupilli, minores, prodigi, furiosi, mulieres. Illa indulgentur concedendo aliquid, quod non haberet, aut facere non posset is, cui conceduntur. Hæc tribuuntur prohibendo id, quod alias facere possent. Illa non essent beneficia, si tribuerentur invitis: nam ut ait Plautus in Trinummo: *nullum beneficium esse duco id, quod, cui facias, non placet*. & de illis agitur in *l. pen. C. de pact. in l. invito ff. de Reg. Jur.* Hæc autem contra non essent beneficia, si non tribuerentur etiam invitis: prohibitio enim non volentes afficit, sed invitos. Finge furiosum sibi violentas manus inferentem: nullum ipsi confers beneficium, nisi gladium vi e manibus eripias. Recte Seneca *de Benefic. l. 2. cap. 14. Sunt quædam nocitura impetrantibus, quæ non dare, sed negare beneficium est:* & infra: *Ut frigidam ægris negamus, & lugentibus, ac sibi iratis ferrum, aut amantibus, quicquid contra se usurus ardor petit: sic ea, quæ nocitura sunt, impense & submisse, nonnumquam etiam miserabiliter rogantibus, perseverabimus non dare;* & rursus: *Exorari in perniciem rogantium sæva bonitas est. Quemadmodum pulcherrimum opus est, etiam invitos, nolentesque servare; ita rogantibus pestifera largiri, blandum & affabile odium est.* Servat nolentes, & invitos Jus Civile, pupillos, minores, furiosos, prodigos, mulieres, cum prohibet eos obligari, & ideo non possunt huic beneficio renunciare, nam hoc ipso circumveniuntur *l. doli exceptio. versic. diversum est ff. de novat.* De pupillo, minore, & prodigo, aut furioso, nemo dubitat; quid causæ est, cur de muliere dubitare debeamus, cujus est par ratio? enimvero incassum mulieribus prospexisset Senatusconsultum, si permitteret eis renunciare. Voluit Senatus prospicere mulieribus, quia facile circumveniuntur, ac seducuntur a callidis hominibus, non prævidentes damnum, quod imminet ex intercessione. Profecto, mulier, quæ non prævidet damnum imminens ex intercessione, nec prævidet damnum imminens ex renunciatione. Nullum enim aliud damnum potest pati propter renunciationem, quod non pateretur ex sola intercessione ante hoc Senatusconsultum. Ideo mulier facile adducitur ad intercedendum, quia sperat, debitorem soluturum, aut restituturum quicquid ipsa pro eo solverit, ac propterea nullum se damnum passuram ex intercessione. Quæ ita animata est, quæ hoc certo sperat, promptissima erit & paratissima ad renunciandum. Quid enim potest ei obesse renunciatio?

Quamobrem hæc perpendentes Veteres
Jurisconsulti responderunt, ea, quæ in 7
fraudem Senatusconsulti excogitata probari possunt, rata haberi non oportere *l.
quidam 29. in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* Quod 8
autem renunciatio in fraudem Senatusconsulti sit excogitata, dubitari non potest, per text. *in l. Sejus, & Agerius 27. ff. ad Leg. Falcid.* Lex Falcidia lata fuit tum in gratiam ipsorum testatorum, ne intestati decederent, *princ. tit. Inst. versf. idque ipsorum. de Leg. Falcid.* tum ipsorum hæredum, ut ex hæreditate perciperent emolumentum *l. potest hæres 71. ff. ad Leg. Falcid.* Et tamen huic beneficio renunciare non possunt neque testatores, neque hæredes: & etiamsi concurrat simul volun-
tas testatoris, hæredis, & legatarii, ta- 9
men inutilis est renunciatio, quantumvis stipulatione vallata *l. quod bonis 15. §. frater ff. ad Leg. Falcid.* tamquam initia contra Jus Publicum, & in fraudem legis *d. l. quod bonis 15. & d. l. Sejus 27. ff.*

ad

ad Leg. Falcid. Imo etsi hæres instituatur sub hac conditione renunciationis, & sub eadem conditione ei datus fuerit substitutus; tamen non impleta conditione, potest hæreditatem adire, & excludere substitutum perinde ac si conditio illa adscripta non fuisset *d. l. Sejus, & Agerius ff. ad Leg. Falcid.* Nam conditio in fraudem legis adscripta remittitur *l. si quis sub conditione ff. de condit. instit. d. l. Sejus. in fine*. Quanto magis igitur in fraudem Senatusconsulti, & inutilis erit renunciatio mulieris, cui interdictum est intercessione, tum ne virilibus officiis fungatur, tum ne periclitetur de re familiari *l. 1. ff. ad S. C. Vellejan.* quod periculum non declinat renunciando. Quin imo inventa est renunciatio, ut periculum certius incurrat, & eludatur dispositio Senatusconsulti mulieri prospicientis.

Ut his fraudibus occurreret Justinianus in *l. si mulier 22. C. ad S. C. Vellejan.* sta-
10 tuit, mulierem non teneri, si intra biennium confirmaverit intercessionem suam; *quia ex consequentia suæ fragilitatis in secundam jacturam incidit*, teneri autem, si post biennium confirmaverit intercessionem suam. Renunciatio est confirmatio intercessionis: itaque nisi post biennium renunciet, non tenebitur.

Nec dici potest, nos supponere, mulierem renunciasse postquam fuit certior facta de Senatusconsulti auxilio: contra vero in laudata lege non supponi mulierem certiorem factam fuisse de Senatusconsul-
11 to, & ideo ei dari biennium, ut possit de Senatusconsulto certior fieri, ibi: *si quod sæpius cogitare potuit, & evitare, non fecit, sed ultro firmavit*. Primum enim id generaliter constitutum est in omnibus mulieribus: nec distinguitur inter eas, quæ sciebant, se esse munitas auxilio Senatusconsulti, easque, quæ id ignorabant. Neque in ea lege habetur ratio scientiæ, vel ignorantiæ, sed solius prolixitatis temporis, ibi: *videtur enim ex hujusmodi temporis prolixitate, non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere*. In his verbis oportet animadvertere, quod Justinianus ex prolixitate temporis non deducit conjecturam scientiæ, quæ esset multo verosimilior. Sed confugit ad conjecturam remotissimam & alienam a verisimilitudine, quod mulier videatur in rem suam se obligare; ad quam utique non confugisset, si sola scientia & notitia Senatusconsulti sufficeret ad obligandam mulierem confirmantem intercessionem suam.

Præterea mulier post biennium confirmans intercessionem suam, ideo tenetur, quia sæpius potuit de sua intercessione cogitare, ac propterea non labitur in secundam jacturam ex consequentia suæ fragilitatis: sed ultro firmat, quod potuit evitare: ut in laudata lege monet Justinianus. Tam longo tempore potuit sæpius cogitare, hoc est, explorare fidem debitoris, pro quo intercessit: explorare ejus facultates: accurate expendere periculum imminens, aliarum exemplo, & adversis casibus admoneri, quam periculosum sit pro alio intercedere. Hæc omnia ut sedulo mulier possit expendere, & sæpius cogitare de sua intercessione, tribuit ipsi tam longum temporis spatium Justinianus. Ergo si ante lapsum biennii, quomodocumque confirmet intercessionem suam, non obligatur, quia non potuit sæpius cogitare, nec tantum temporis effluxit, quantum præscripsit ad cogitandum Imperator. Multo minus obligabitur, si renunciando confirmet obligationem suam in ipso contractu intercessionis.

Quæ fine ulla dubitatione confirmantur ejusdem Imperatoris auctoritate *in* 12
Authent. Ut immob. ante nupt. donat. cap. 1. §. 1. & 2. ubi comparat mulierem intercedentem mulieri consentienti alienationi, vel hypothecæ rerum subjectarum donationi propter nuptias: & huic indulget idem biennii tempus ad confirmandum consensum semel præstitum alienationi, ad exemplum mulieris intercedentis. Rationem concedendi tam longum tempus ad cogitandum, tam mulieri inter-

tercedenti, quam consentienti alienationi, eam affert: *quia multa primo auditu facile peccari possunt, & facile mulier seduci potest: cum vero in plurimo tempore cogitaverit pro negotio, fiet forsan cautior.* Animadvertendum est, hic agi de mulieribus, quæ sciebant, sibi competere jus, eique renunciarunt, & tamen non valet renunciatio, nisi eam confirmaverint post biennium. Item improbatur in hac Constitutione quælibet via, quodlibet artificium excogitatum & institutum ad privandam mulierem jure suo, adeoque improbatur, tum renunciatio, tum omnis promissio mulieris, ut nulla ratione possit amittere jus suum, nisi post elapsum biennium: & hoc exemplo mulieris intercedentis.

13 His probe constitutis, non obstat text. in nostra *l. ult. §. si mulier ff. ad S. C. Vellejan.* Ad hujus legis explicationem operæ pretium est animadvertere, in ea agi de muliere expromittente, quæ alienam obligationem, liberato debitore, in se transtulerat: quo casu ita mulieri succurritur, ut in veterem debitorem actio restituatur *l. 1. §. 1. ff. ad S. C. Vellejan. l. quamvis §. quoties. cum seq. l. aliquando. in fin. cum leg. seq. l. si pro uno* 20. *l. debitrix.* 24. *§. si pro eo l. quidam* 29. *ff. eod. l. si mulier* 16. *C. eod.* De hoc genere intercessionis agi in nostra lege demonstrant illa verba, *ut non in veterem de-*

14 *bitorem actio detur.* Vetus debitor appellatur is, qui a muliere liberatus est, in quem, subducta ab obligatione muliere, datur actio restitutoria, hoc est, restituitur actio, perinde ac si mulier eum non liberasset. *l. quamvis §. plane l. si mulier* 14. *ff. ad S. C. Vellejan. l. un. C. de reputat. quæ fiunt in judic. in integ. restitut.* Ergo mulier transtulerat in se debitoris cujusdam obligationem. Creditor, cum intelligeret, mulierem tutam esse Senatusconsulto Vellejano, Prætorem adivit, ut sibi restitueret actionem adversus veterem debitorem, quod utique ei negare non poterat *l. 1. ff. ad S. C. Vellejan. l. un. C. de reputat. quæ fiunt in jud. restit. in integr.* Rem actam fuisse apud Prætorem demonstrant illa verba: *debet cavere exceptione se non usuram, & sic ad Judicem ire.* Cum Prætor paratus esset dare restitutoriam creditori, mulier intervenit impeditura, ne in veterem debitorem actio daretur, dixitque, se pro eo paratam esse judicium accipere. Maluit ipsa ex sua intercessione conveniri, quam permittere, ut in veterem debitorem actio restitueretur. Ut autem conveniri posset, utiliter cavit Prætori, se non usuram exceptione. 15 Poterat Prætor exceptionem non dare; sed quia mulier etiam non opposita exceptione tuta est, etiamsi fuerit condemnata *l. tamen si ff. de Senatusconsult. Macedon.* idcirco a muliere exegit, ut caveret, exceptione se non usuram.

Ex hac facti serie liquido constat, mulierem illam voluisse liberalitatem suam exercere erga debitorem, ne propter solutionem vexaretur. Senatusconsultum autem succurrit quidem oneribus mulierum, 16 non tamen impedit, quominus liberalitatem suam exerceant, & liberent aliquem a vexatione creditoris *l. si pro aliquo. §. 1. ff. ad S. C. Vellejan.* Non potest dubitari, quin hæc mulier velit pro debitore solvere, velit ei donare. Cur enim prohibet restitui actionem adversus veterem debitorem? Cur ipsa vult conveniri, ne ille conveniatur, & cogatur ad solvendum? Cur renunciat exceptioni, ut efficaciter conveniatur? Non jam est incertum aut remotum periculum, sed certum ac præsens, quod ipsa sponte subire vult, etiam contra voluntatem creditoris, qui ipsi ad evadendum viam patefecerat. Donanti autem, & pro debitore solventi mulieri Senatusconsultum non auxiliatur *l. 4. & 5. ff. ad S. C. Vellejan. l. 4. C. eod.* Saltem est admodum proba- 17 bilis præsumptio, quam probat Justinianus, ac deducit ex confirmatione intercessionis, facta post biennium in *l. si mulier* 22. *C. ad S. C. Vellejan.* Videlicet, quod videatur mulier in rem suam intercessisse.

Non

Non constat in nostra lege renunciationem factam fuisse post lapsum biennii. Sed tamen multo plura concurrunt, qui conjecturam hanc facere possimus. Etenim mulier renunciat, postquam videt advenisse tempus solutionis, & creditorem exigere velle pecuniam sibi debitam. Impedit, ne pecunia exigatur ab eo, pro quo intercessit; imo impedit etiam ne conveniri possit. Ipsa conveniri vult, ne ille conveniatur, & ut efficaciter conveniri possit, renunciat exceptioni. Hæc certe, aut pro eo vult solvere, aut scit, se proprium negotium agere, & in rem suam intercessisse. Accedit auctoritas Prætoris, apud quem cavet exceptione se non usuram, quæ actus alioquin irritos solet confirmare, præsertim cum actus a Lege improbatur ob periculum, quod imminet, ne quis, aut propter imbecillitatem animi decipiatur, aut objecta aliqua spe seducatur *l. 1. & toto tit. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. cum hi, quibus* 8. *ff. de transact.* Certe hæc mulier non decipitur: deceptis autem Senatusconsultum opitulatur *l. 2. §. verba ff. ad S. C. Vellejan.*

His expositis, ad reliqua facilis est, &
prompta responsio. Non decipit mulier,
quæ renunciat: sed decipitur. Scit qui-
18 dem se non teneri: sed ideo renunciat,
ut teneatur, adeoque tantum abest, ut
velit decipere creditorem, ut potius renunciet, ne ipsum decipiat. Decipitur autem ipsa renunciando, licet certior fiat de Senatusconsulto. Neque enim mulieres decipiuntur ob ignorationem Senatusconsulti. An non enim factum fuit Senatusconsultum, ne deciperentur? Ergo ante Senatusconsf. decipiebantur, & tamen non poterant decipi propter ignorationem Senatusconsulti, quod nondum factum
erat. Decipiuntur igitur, quia sibi faci-
19 le blandiuntur, & spondent de fide debi-
toris, neque in animum inducere possunt, eum permissurum ipsas vexari, & ad solutionem compelli. Decipiuntur igitur, imo magis circumveniuntur renunciantes, quam non renunciantes. Nec permittitur renunciatio, in *l. si mulier* 22. *C. ad S. C. Vellejan.*; aut in *Nov.* 118. *cap.* 5. Nam in *l. si mulier* permittitur solum post biennium: qua de re jam late diximus. *In Nov.* 118. non permittitur, aut approba-
tur solum renunciatio; sed præcipitur.
Præcipitur favore pupillorum, quorum 20
causa favorabilior est, quam mulierum
l. si apud minorem ff. de minorib. l. ult. C. si mater indemnit. Mulieres non minus arceantur a tutela, quam ab intercessione: utrumque enim virile munus est. *l. ult. ff. de tutel. l. 2. ff. de Reg. Jur. l. 1. ff. ad S. C. Vellejan.* Justinianus in favorem pupillorum admisit ad tutelam matrem, & aviam propter charitatem erga liberos. Ne hic favor in perniciem pupillorum redundaret contra *text. in l. nulla ratio ff. de legibus*, necesse erat ipsis præcipere, ut renunciarent S. C. ut possent pro pupillis obligari.

CAPUT VI.

AD L. IN HIS 5. §. SI DUOS *ff. de solut.*

SUMMARIUM.

I. *Debitor potest ita solvere, ut unum ex fidejussoribus liberet.*
II. *Non potest tamen liberare quem voluerit.*
III. *Quid requiratur, ut unus tantum liberetur, & 8. & seqq.*
IV. *Qui non solvit nomine unius fidejussoris, eum solum non liberat.*
V. *Debitor partem solvens liberat omnes fidejussores pro rata.*
VI. *Qui solvit nomine unius fidejussoris, ipsum liberat.*
VII. *Potest quilibet pro debitore solvere etiam ignorante, & invito.*
VIII. *Uno ex duobus reis solvente, ceteri liberantur.*
IX. *Debitor solvens id, quod unus tantum fidejussor debet, ipsum liberat.*
X. *Solutio in quam causam cedat, & quem liberet.*
XI. *Non liberat eum fidejussorem, nisi solvat id, quod ille debet.*
XII. *Si fidejussor sit hæres rei principalis, pro ea parte, pro qua est hæres, liberatur ab obli-*

gatione fidejuſſoria: & quid Juris ſit in pluribus fidejuſſoribus reo ſuccedentibus.

XIII. Naturalis obligatio rei principalis non confunditur cum fidejuſſoria; & qua de cauſa.

XIV. Quid Juris ſit in fidejuſſoribus, qui non tenentur in ſolidum.

XV. Quo caſu ſolvens tamquam principalis, ſe ipſum liberet etiam ab obligatione fidejuſſoria

XVI. Fidejuſſoria obligatio per confuſionem non tollit alteram obligationem fidejuſſoriam, & quæ ſit ratio?

EX facto quæſitum fuit. Qui centum debebat, Cajum, & Mævium fidejuſſores dederat, & decedens utrumque ex æquo hæredem inſtituerat. Cajus a creditore conveniebatur; offerebat quinquaginta, quæ debebat tamquam hæres principalis debitoris; & hac ſolutione volebat liberari a tota obligatione. Licet enim deberet alia quinquaginta, tamquam fidejuſſor: tamen cum principalis ſolvendo poſſit liberare fidejuſſorem quemcumque voluerit, Cajus ſolvens quinquaginta tamquam principalis, declarabat, ſe velle li-
1 berare ſe ipſum tamquam fidejuſſorem, auctoritate Ulpiani in *l. in his vero* 5. §. *ſi duos ff. de ſolut. Si duos quis dederit fidejuſſores, poteſt ita ſolvere, ut unum liberet.* Mirum quantum ſe torſerint principes noſtræ civitatis Advocati, ut ab hoc laqueo ſe expedirent. Interrogatus a Judice reſpondi, non poſſe Cajum ſolventem quinquaginta liberari a tota obligatione: atque ita judicatum fuit.

Non poteſt debitor, qui ſolvit partem
2 debiti liberare fidejuſſorem, quem voluerit, neque hoc dixit Ulpianus in laudata *l.* 5. §. *ſi duos ff. de ſolut.* Eſt enim falſiſſimum, cum hoc non pendeat ab arbitrio debitoris. Poteſt tamen ita ſolvere, ut unum liberet. Ergo ſi velit unum liberare, debet eo modo ſolvere, quo poſſit ille liberari. Si ſolvat totum id, quod debet, utique omnes fidejuſſores liberantur *l. in omnibus* 43. *ff. de ſolut.* ſi partem debiti ſolvat, omnes pro rata liberantur. Poteſt tamen ita ſolvere, ut unus liberetur, alter maneat obligatus.
3 Sed hoc omnino neceſſarium eſt, ut ſolvat nomine ejus fidejuſſoris, quem vult liberare: & ſolvat id, quod ille debet.

Primum igitur neceſſe eſt, ut ſolvat nomine ejus, quem vult liberare. Innuit hoc Julianus in *l. quoties* 37. *ff. de ſolut.* ubi ait, quod reus liberat unum ex fidejuſſoribus: ſi non ex ſorte decedat id, 4
quod ſolvit, & ſolvat nomine ejus fidejuſſoris, cujus debitum ſolvit. Quamobrem ſi ex ſorte decedat id, quod ſolvitur, hoc eſt, ſi ex cauſa proprii debiti ſolvatur a reo principali, non vero nomine fidejuſſoris: non poterit fidejuſſorem illum liberare.

Atque id ratio ſuadet evidenter. Obli- 5
gatio fidejuſſoris eſt quædam acceſſio principalis obligationis §. *fidejuſſores Inſt. tit. de fidejuſſor. l. hi, qui* 34. *ff. eod.* adeoque ſequitur principalem obligationem: & ſicut non poteſt contrahi fidejuſſoris obligatio, niſi ſubſit obligatio principalis, cui applicatur *l. fidejuſſor* 16. *in princ.* & §. *fidejuſſor ff. de fidejuſſ.* ita corruente, & extincta principali obligatione, corruit, ac tollitur obligatio fidejuſſoris in *l. in omnibus ff. de ſolut.* ſecundum naturam acceſſionis *l. nihil dolo. in fine,* & *l. cum principalis ff. de Reg. Jur.* Si igitur duo, pluresve fidejuſſores eidem obligationi acceſſerint, ſublata per ſolutionem principali obligatione, omnes liberentur neceſſe eſt. Et ſi principalis obligatio pro parte ſolvatur, pro rata parte quoque corruat omnium fidejuſſorum obligatio neceſſe eſt: cum enim omnes illæ obligationes pares ſint, & ejuſdem conditionis, & eidem obligationi innitantur, ſubtracto fundamento, cui inſiſtebant, nulla ratio eſt, cur non omnes ex æquo debeant intercidere. Cujuſcumque obligationis fidejuſſoriæ pars, quæ adhærebat parti illi principalis obligationis, quæ diſſoluta eſt per ſolutionem, amplius ſubſiſtere non poteſt, ſublato fulcimento, a quo ſuſtinebatur. Quemadmodum ſi eidem fundamento plures muri ſuperſtruuntur, ſubducta parte fundamenti, corruit pars omnium murorum, quæ parti illi fun-

fundamenti erat superædificata.

In proposita specie, si debitor solvisset quinquaginta proprio nomine, extincta fuisset ejus obligatio in quinquaginta, nempe pro dimidia parte; & quia huic parti jam extinctæ obligationis adhærebat dimidia pars obligationis tam Caji,
6 quam Mævii, utraque pro dimidia fuisset extincta, & tam Cajus, quam Mævius pro dimidia parte liberati: quapropter ut solus Cajus liberetur, necesse est, ut debitor solvat nomine ipsius Caji;
7 tunc enim Cajus liberatur perinde ac si ipse solvisset. *l. quoties. in princ. ff. de solut.* Potest enim quilibet pro alio solvere, eumque vel ignorantem & invitum ab obligatione liberare *l. solutione* 23. *l. solvere* 53. *l. si pro me* 40. *ff. de solut. l. solvendo ff. de negot. gest. l. manifesti C. de solut.*

Verum tamen si Cajus, & Mævius in solidum essent obligati, ut solent fidejussores, debitor solvendo quinquaginta nomine Caji, liberaret etiam Mævium in quinquaginta, nam Cajus solvendo liberat etiam Mævium *l. amissi. in fin. ff. de fidejuss.* Nam in duobus reis uno solvente ceteri liberantur §. *ex hujusmodi Instit. tit. de duobus reis. l.* 2. & *l.* 3. §. 1. *ff. de duobus reis*. Et cum, Cajo partem solvente, liberetur pro ea parte debitor principalis, pro eadem parte reliqui omnes fidejussores liberentur necesse est, extincta principali obligatione.

Non sufficit igitur, debitorem princi-
8 palem solvere id, quod debet unus ex fidejussoribus, nisi etiam solvat ejus nomine. Ut puta, si Cajus, & Mævius fidejusserint non in solidum, sed singuli in quinquaginta; solvit quidem id, quod debet Cajus, non tamen liberat solum Cajum, nisi solvat ejus nomine; sed uterque, ut diximus, pro rata liberatur.

Aliquando tamen solvendo id, quod unus debet, eum solum liberat, etiamsi ejus nomine non solvat. Accidit id cum singuli fidejussores diversas res debent. Reus principalis debebat Stichum, & Pamphilum: de Sticho fidejussor est Cajus, de Pamphilo Mævius. Si reus principa- 9
lis Stichum solvat, utique solum Cajum liberat. Mævium autem liberare non potest, cum non solvat id, quod ipse debet *l. cum quis* 38. §. *qui hominem l. si quis aliam ff. de solut. l. si cum aurum ff. eod.* Item si debet pecuniam, quam in arca habet, & pecuniam, quam habet in vidulo; & pro pecunia, quam habet in arca, fidejussor sit Cajus, pro alia Mævius. Solvendo pecuniam, quam habet in arca, solum Cajum liberat, etiamsi non solvat ejus nomine. Idem dicendum de reo, qui ex pluribus causis debeat. Nam 10
solvens ex una causa liberat solum fidejussorem, qui pro ea causa intercessit: & si non declaret, ex qua solvat, liberabit fidejussorem, qui accessit duriori causæ, quia in duriorem causam solutum videtur *l.* 1. 2. 3. 4. 5. & *seq. ff. de solut.* si pares causæ sint, eum, qui pro antiquiori debito fidejussit, quia antiquius in pari causa gravius est *l.* 5. *in princ. ff. de solut.* & facit ad rem text. *in l. ubi fidejussor* 24. *ff. de solution.* in qua licet agatur de solutione facta a fidejussore duorum debitorum; tamen dubitari non potest, idem dicendum de solutione facta a debitore ex pluribus causis habente plures fidejussores, argumento *l. quoties ff. eod.* Quod si plures causæ, & æque pares sint, & æque antiquæ, uterque fidejussor pro rata liberabitur: solutio enim cedit in utramque causam pro rata *l. illud* 8. *ff. de solut.* Multo magis igitur uterque fidejussor pro rata portione liberabitur, si ex unica causa debeat, & solvat nomine proprio; & non declaret, se solvere nomine fidejussoris: semper enim pro semetipso solvere præsumitur *l. cum ex pluribus ff. de solut.*

Non sufficit, reum solvere nomine fidejussoris, ut eum liberet ab obligatione. 11
Illud etiam necessario requiritur, ut solvat id, quod debet ille fidejussor, quem vult liberare: si enim aliud solvat, etiamsi solvat ejus nomine, illum non libera-

bit: quia nec si ipse fidejussor id solveret, liberaretur *l. si quis aliam*, *& l. si cum aurum ff. de solut.* solutione enim ejus quod debetur, tollitur obligatio. *princ. tit. Inst. de fidejuss.* Itaque si debeat Stichum, & Pamphilum, solvendo Stichum, non potest liberare eum, qui pro Pamphilo fidejussit, licet ejus nomine solvatur: & hoc est Juris explorati.

His expositis facile quivis intelliget, cur Cajus solvendo quinquaginta non possit a tota obligatione liberari. Cajus, & Mævius fidejussores in solidum succedunt reo principali, qui debebat centum. U-
12 terque incipit debere quinquaginta tamquam hæres, & reus principalis, & hæc amplius non debet tamquam fidejussor, quia per confusionem tollitur, & extinguitur obligatio fidejussoria, quæ absorbetur a principali *l. generaliter in princ. ff. de fidejuss. l. cum quis §. ult. & l. si duo 93. §. penult. l. Stichum 95. §. quod vulgo ff. de solut.* non potest enim ea debere simul & tamquam principalis, & tamquam fidejussor, cum nemo possit esse fidejussor sui ipsius *l. hæres 21. §. servo tuo ff. de fidejuss.* Cajus igitur debet quinquaginta tamquam reus principalis, quia est hæres debitoris: & debet alia quinquaginta tamquam fidejussor Mævii, in quem translata est obligatio debitoris defuncti pro reliqua parte, pro qua ipse erat fidejussor defuncti. Etenim pro hac parte obligationis, quæ in Mævium translata est, Cajus manet obligatus tamquam fidejussor, cum pro hac parte non sit sublata per confusionem obligatio fidejussoria. Eadem ratione Mævius debet quinquaginta, tamquam principalis, cum sit hæres defuncti debitoris, pro quibus est fidejussor Cajus. Debet & alia quinquaginta tamquam fidejussor eorum quinquaginta, quæ a Cajo principaliter debentur. Itaque uterque est debitor principalis, & fidejussor: Cajus est fidejussor Mævii, &
13 Mævius fidejussor Caji. Supponimus autem, defunctum fuisse verum debitorem, nam si naturaliter tantum fuisset obligatus, non tolleretur per confusionem obligatio fidejussoria. *l. hæres §. servo tuo ff. de fidejuss.* Quia neque principalis obligatio potest perimere fidejussoriam, cum sit imbecillior & infirmior *l. Stichum. §. quod vulgo ff. de solut.* neque fidejussoria potest perimere principalem, cum ei accedat, eamque sequatur. *c. accessorium de Reg. Jur. in 6.*

Progrediamur ad solutionem Caji. Cajus solvit quinquaginta: aut ea solvit tamquam principalis, & hæres defuncti, aut ea solvit tamquam fidejussor; si solvit ea quinquaginta, quæ debet tamquam principalis, non potest liberari in iis quinquaginta, quæ debet tamquam fidejussor, quia illa non solvit. Summa enim, quam debet tamquam principalis, diversa est a summa, quam debet tamquam fidejussor: cum non possit eamdem summam debere simul & tamquam principalis, & tamquam fidejussor, ut diximus. Non liberat autem fidejussorem, quem vult, qui non solvit summam ab eo debitam, ut probavimus. Præsertim quia si solvit tamquam principalis, non solvit nomine fidejussorio. Itaque solvendo quinquaginta, quæ debet nomine hæreditario, & tamquam principalis, liberat Mævium ab obligatione fidejussoria: quia pro ea summa fidejussor est Mævius. Eamdem enim summam, quam debet Cajus, tamquam principalis, debet Mævius tamquam fidejussor, eamque summam, quam Cajus debet tamquam fidejussor, debet Mævius tamquam principalis.

Quod si Cajus solvat tamquam fidejussor, liberatur quidem ab obligatione fidejussoria, non vero a principali. A principali enim obligatione liberat Mævium, cum solvat eam summam, quam debet Mævius tamquam principalis: *princ. Inst. tit. quib. mod. tollit. oblig.*

Fingamus, jam Cajum, & Mævium non fuisse fidejussores in solidum, sed utrumque pro æquis partibus, cum succedat uterque reo pro æquis partibus, pro dimidia parte per confusionem tollitur

tur obligatio *l. 1. & l. pen. C. de hære-*
14*dit. action.* itaque uterque debet quinquaginta tamquam hæres, hoc est, tamquam reus principalis: & alia vigintiquinque tamquam fidejussor. In reliquis enim per confusionem sublata est obligatio. Quamobrem si Cajus solvat quinquaginta, quæ debet tamquam hæres defuncti debitoris, liberat Mævium pro summa eorum vigintiquinque, quæ debet tamquam fidejussor. Quod si solvat 25. quæ debet tamquam fidejussor, liberat Mævium in pari summa, hoc est in dimidio ejus, quod debet tamquam principalis.

Proponamus modo speciem, in qua Cajus solvens tamquam principalis, se
15ipsum liberet ab obligatione fidejussoria. Fingamus, duos reos debendi sibi invicem in solidum esse fidejussores, & præterea utrique fidejussorem in solidum esse Cajum. Moritur unus ex duobus reis, eique succedit Cajus ex asse. Per confusionem tollitur obligatio fidejussoria, qua antea obstrictus erat pro defuncto, cui successit. Manet tamen obstrictus tribus obligationibus. Prima est principalis, qua tenetur tamquam hæres defuncti. Aliæ duæ sunt fidejussoriæ: altera, qua & antea tenebatur, & nunc etiam tenetur pro reo superstite: altera, quæ in eum translata est, per hæreditatem, qua defunctus erat obstrictus tamquam fidejussor correi. Neutra enim ex his duabus obligationibus alteram extinguit, cum ambæ pares sint, nec ulla potentior altera *l. generaliter ff. de fidejuss. l. si reus promittendi 13. ff. de duob. reis, l. non est novum 10. ff. de act. empt.* & nominatim in
16*l. hæres 21. §. 1. ff. de fidejuss.* Si Cajus, qui tribus hisce obligationibus obstrictus erat, aliquid solvat tamquam debitor principalis, pro parte soluta liberatur, & ab obligatione principali, & ab utraque obligatione fidejussoria: quia ex qua parte liberatur a principali obligatione, liberat & correum suum *l. 2. & 3. §. 1. ff. de duobus reis §. 1. Inst. tit. eod.* liberato autem correo, cujus ipse est fidejussor, necesse est, ut etiam ipse liberetur ex causa fidejussionis *l. in omnibus ff. de solution.* & quidem ex utraque causa, ex utraque obligatione, cum harum obligationum ea natura sit, ut non solum per solutionem utraque tollatur, sed etiam, ut altera in judicium deducta, altera consumatur *l. generaliter in fine ff. de fidejuss.*

Si quid simile acciderit, facillime poterit definiri, dum illud semper teneamus, non esse in arbitrio debitoris solventis liberare fidejussorem, quem voluerit, sed posse solummodo liberare eum fidejussorem, cujus nomine solvit, aut cujus debitum solvit, ut initio exposuimus. Neque in his controversiis dirimendis poterit quisquam errare, si accurate expenderit, quæ summa solvatur, & quæ debeatur a fidejussore, qui liberandus est.

CAPUT VII.

AD L. MARCELLUS 25.

ff. de fidejuss.

SUMMARIUM.

I. Proponuntur verba Legis; & quorumdam de ea sententiæ.
II. Fidejussor pupilli tenetur: & quare.
III. Fidejussor prodigi, & furiosi non tenetur: & quare.
IV. Fidejussori non debet esse damnosum officium suum.
V. Quibus ex causis pupillus, furiosus, prodigus obligentur sine tutoris & curatoris auctoritate.
VI. Fidejubens pro pupillo, furioso, & prodigo obligatis, potest ab eis repetere quod solvit: & qua actione.
VII. Solvente fidejussore, pupillus, prodigus, & furiosus fiunt locupletiores.
VIII. In hac Lege agitur de restitutione in integrum.
IX. Subveniendi *verbum refertur ad restitutionem.*
X. Restitutio in integrum non prodest fidejussoribus.
XI. Fidejussor liberatur quoties habiturus esset regressum adversus reum jam liberatum.

HAnc Legem aggressi sunt fere omnes magni nominis Interpretes: quam pro-

prosperò successu, alii judicent. Ego eam ita explicabo, ut nulla possit esse amplius controversia apud Viros Doctos, & non refractarios: neque tamen illam aut emendare ausim cum multis, aut ex Jure Civili expungere, quasi in ea proponatur Marcelli sententia, non tamen pro-
1 betur, ut alii sunt arbitrati. Legis verba sunt hæc: *Marcellus scribit: Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur, quoniam mandati actio non competit.*

Duo occurrunt in hac Lege, quæ homini etiam in Jure Civili exercitato scrupulum injicere possint. Primum, quod putaverit Marcellus, teneri fidejussorem furiosi, & prodigi. Quod teneatur fide-
2 jussor pupilli sine tutoris auctoritate contrahentis in confesso est, dum ille sit proximus pubertati *l. si pupillus* 127. *ff. de V. O. l. si pupillus* 35. *ff. de recept. arb.* Et ratio est in promptu: quia pupillus pubertati proximus contrahens sine tutoris auctoritate naturaliter obligatur *l.* 1. *in fin. ff. de novat. l. cum illud* 25. §. 1. *ff. quando dies leg. ced. l. si pupillus* 21. *in princ. ff. ad Leg. Falc. l. ult. in princ. ff. de jurejur. l. Stichum* 95. §. *aditio &* §. *naturalis ff. de solut.* Atqui naturali obligationi accedere posse fidejussorem non dubitatur *l. fidejussor* 16. §. *fidejussor ff. de fidejuss.* §. *in omnibus Inst. eod.* Sed ut hoc
3 verissimum est, ita falsissimum est, teneri fidejussorem prodigi, aut furiosi sine consensu curatoris contrahentium *l. si a reo* 70. §. *si a furioso ff. de fidejuss.* Et ne quis putet, fortasse hac de re fuisse controversiam inter Veteres Jurisconsultos; idem Ulpianus, qui Auctor est Legis, quam explicamus, diserte monet, fidejussorem prodigi, & furiosi non teneri, in *l. is cui bonis* 6. *ff. de Verb. obl.* Et merito: nam qui nullo modo est obligatus, nec naturaliter, nec civiliter, frustra dat fidejussorem *l. fidejussor* 16. *in princ. ff. de fidejuss.* at prodigus, & furiosus sine curatore nec naturaliter, nec civiliter obligantur, cum consensu destituantur, & si quid egerint, nihil egisse intelligantur *l.* 2. *ff. de jur. eod. l.* 5. *ff. de Reg. Jur. l. si a reo* §. *si a furioso ff. de fid. l. is cui bonis* 6. *ff. de V. O. l. furiosi* 40. *ff. de Reg. Jur.*

Secundum est, quod inepta videtur ratio adjecta in Lege nostra, cum potius videatur subveniendum fidejussori, quoniam mandati actionem non habet, ne ei damnosum sit officium suum. *l. si servus* 61. §. *quod vero* 5. *vers. multo æquius* 4
ff. de furt. l. sed si quis 7. *ff. testam. quem aper. l. cum quædam* 26. *C. de admin. tut.*

Hæc sunt, quæ videntur contra rationem Juris ab Ulpiano, & Marcello prodita in *d. l. Marcellus*. Sed re ipsa ejusmodi non sunt, ut videntur. Ac primum omnium observandum est, ibi agi de furioso, & prodigo, pupilloque obligatis sine auctoritate tutoris: verba Legis sunt: *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, &c.* Supponuntur igitur pupillus, furiosus, & prodigus obligati, ac propterea mirum non est, si obligetur, ac teneatur etiam eorum fidejussor. Non obligantur quidem pupillus, 5
furiosus, & prodigus contrahendo, nisi tutoris, & curatoris auctoritas interveniat, sed tamen etiam sine ullius auctoritate obligantur, quoties ex re actio venit; quoties scilicet obligatio non ex consensu nascitur, sed ex facto aliquo; ut si habeant fundum communem cum aliquo; & is aliquid in eum fundum impenderit, certe obligatur pupillus, furiosus, & prodigus ad refundendas impensas *l. furiosus* 46. *ff. de oblig. & act.* & quicumque alicujus ex his negotia gerit, eos sibi obligat, etiam tutore, & curatore ignorantibus *l.* 3. §. *pupillus. cum seq. ff. de negot. gest.* atque eadem de causa ipsi obligantur tutoribus, & curatoribus suis, & tenentur actione tutelæ contraria *l.* 1. §. 1. & 2. *ff. de contr. tut. act.* & iis, qui pro tutore, vel curatore negotia gesserint *l. ult. ff. de eo qui pro tut.* Uno verbo, in obligationibus, quæ sine con-

consensu consistere non possunt, hi non tenentur sine tutoris, & curatoris auctoritate propter judicii imbecillitatem: at vero adstringuntur obligationibus illis, quæ sine consensu contrahuntur, quia in his nullum obsistit impedimentum, quo fiat ut obligari non possint. Eum autem, qui fidejussit pro pupillo, furioso, prodigove his modis obligatis, teneri non ambigitur, cum omni obligationi possit accedere fidejussor *l.* 1. *l. græce* 8. §. 1. *cum seq. ff. de fidejuss.*

Atque hæc subboluerunt etiam eloquentissimo Donello: sed tamen rem non potuit expedire. Hoc enim constituto non solum inepta est ratio, quæ adjicitur in nostra Lege, sed omnino falsa. Ait enim Marcellus, fidejussorem teneri, *quia mandati actio non competit*. Atqui si fingimus, ibi fidejussorem intercessisse pro furioso, & prodigo obligatis, habebit fidejussor, si non mandati actionem, saltem actionem negotiorum gestorum *l.* 3.
6 §. *pupillus. cum seq. ff. de negot. gest.* gerit enim eorum negotium utiliter fidejussor, cum pro illis Jure obligatis solvit, eosque liberat ab obligatione *l. sed videamus* 4. *ff. de negot. gest.* neque eo confugere licet, quod fortasse illi, pro quibus fidejussor solverat, locupletiores facti non erant, cum hoc æstimandum sit tempore litis contestatæ *l. litis* 37. *in pr. ff. de neg. gest.* nam primum in nostra Lege generaliter negatur actio fidejussori, cum tamen vix possit accidere, ut ex
7 illa solutione prodigus, & furiosus non sint facti locupletiores, cum liberati sint ab obligatione. Præterea semper illi fiunt locupletiores hoc ipso, quod non sunt facti pauperiores, quia non sunt coacti solvere propter fidejussorem, qui susceperit onus solutionis *l. in pupillo* §. 1. *ff. de solut.* Quamobrem scopulum declinantes in Syrtes impegimus; sed has etiam prætervecti feliciter enavigabimus.

Animadvertendum igitur est, in ea Lege pertractari de pupillo, furioso, & prodigo Jure obligatis, ut diximus, & in integrum restitutis. Nulla in ea Lege mentio est restitutionis, sed tamen conjectura id facile assequi possumus. Primum enim Lex illa deprompta est ex li- 8
bro undecimo Ulpiani ad Edictum: quo in libro certum est, Ulpianum pertractasse de restitutione in integrum, quæ minoribus a Prætore conceditur, ut constat ex titulo, *ff. de minoribus*, in quo sunt undecim, eæque longissimæ leges depromptæ ex libro 11. Ulpiani ad Edictum, in quibus de hac restitutione agitur: & in *l.* 1. *ff. de min.* quæ ex eod. libro deprompta est, Ulpiani proponit Edictum Prætoris de restitutione, ejusque explicationem exorditur, quam prosequitur in legibus subsequentibus. Ac si divinare licet, præponenda erat hæc lex legi *in causæ* 13. *ff. de min.* sed quia in ea idem copiosius explicatur, hoc fragmentum absciderunt compilatores, & in locum hunc rejecerunt, cum in illa *l. in causæ* 13. nihilominus satis explicetur quid Juris sit de fidejussore minoris restituti, & in hac de minoribus non pertractatur, quod in eo titulo propositum est; sed de pupillo, furioso, & prodigo.

Præterea observanda sunt verba illa nostræ Legis: *magis esse ut ei non subveniatur*: quæ ut propria sunt restitutionis; ita minime conveniunt, si generaliter legem accipiamus. *Subvenire* enim alicui dicimur, quoties ille tenetur ipso Jure, sed ei aliquod indulgemus auxilium, quo id consequatur, ut cogi non possit ad solvendum: quod minime convenit fidejussori obligato, de quo inepte quis dixerit ei non subveniri, cum nullus suppetat modus, quo ei subveniri possit. Sunt autem hæc verba aptissima ad indicandam restitutionem: subveniri enim ei dicitur, cui porrigitur auxilium restitutionis, *l. minoribus* 6. *l. ait Prætor* 7. §. *sed* 9
etsi 2. *&* §. *sed etsi* 5. *l. si ex causa* §. *nunc videndum*, *cum seq. l. verum* §. *quid si ff. de min.* & passim in eo titulo. Et aptissime idem Ulpian. in *l. in causæ* 13. *in princ. ff. de min. Non est æquum fidejussori*

ri

ri in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio: in summa perpendendum erit Prætori, cui potius subveniat, utrum creditori, an fidejussori: nam minor captus neutri tenebitur. En eadem sententia, iisdemque fere verbis expressa. Et in *l. minor* 51. *ff. de procur. Minor vigintiquinque annis defensor idoneus non est: quia & ipsi, & fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur*. Et in *l. si pupillus* 89. *ff. de acquir. vel om. hær. Si pupillus hæreditate se abstineat, succurrendum est & fidejussoribus ab eo datis*. Quamquam hic fortasse non agitur de restitutione, ut putant Interpretes.

His positis, nihil est in nostra lege, quod abhorreat. Finge enim pupillum, furiosum, aut prodigum jure obligatos sine tutore, aut curatore, quamquam furiosum, & prodigum, etiam cum curatore obligatos supponere possumus, cum in nostra lege contrarium non sit expressum. Ac si placet, finge speciem propositam in *l. si ex causa §. si in commissum ff. de min.* aut in *l.* 1. *C. si advers. delict.* quæ tamen furioso convenire non potest. Hos autem ita obligatos propone fuisse in integrum restitutos: quæritur an hæc restitutio prosit etiam eorum fidejussoribus: seu an per restitutionem ipsis solummodo subveniatur, an etiam eorum fidejussoribus. Controversia adeo obscura, ut in ea nemo non cæcutiat: sed & huic
10 nos lucem non modicam attulimus. Hac de re sæpe etiam Veteres quæsivere, ac præsertim Ulpianus tum in *l.* 3. *§. sed utrum. vers. sed an hoc*: tum in *l. in causa* 13. *in princ. ff. de min.* Hæc eadem controversia ab eodem Ulpiano proponitur in hac lege: & ex sententia Marcelli respondet, fidejussori non subveniri, sicut respondit etiam in *d. l. in causa* 13. *in princ. ff. de min.* Addit hanc rationem: *quoniam mandati actio non competit*. Ac merito quidem: quia si fidejussor haberet actionem mandati adversus restitutos,
11 necesse esset subvenire etiam fidejussori, ne foret inutilis restitutio iis, qui fuerant restituti, cum parum eorum intersit an a principali, an a fidejussore conveniantur. Idcirco quoties fidejussor habiturus est regressum adversus principalem, liberatur etiam fidejussor, ne principalis frustra sit liberatus, *l. ult. in fin. C. de usur. rei jud. l. quod dictum ff. de pact. l. sed si paterfamilias §. non solum ff. de S. C. Maced. l. cum lex* 46. *ff. de fid. l.* 1. *§. exceptionem in fin. ff. quar. rer. act.* Quamobrem idem Ulpianus etiam in *l. in causa* 13. *ff. de min.* monet, fidejussorem minoris restituti in integrum non habiturum mandati actionem. Quorsum enim restitutio, si possit minor a fidejussore conveniri? De his, quæ diximus, credo non dubitabit, qui hanc cum illa lege contulerit, & utramque accurate perpenderit.

CAPUT VIII.

AD L. SI PUPILLUS 89.

ff. de acquir. vel om. hæred.

SUMMARIUM.

I. Restitutio concessa minori non prodest fidejussori.
II. Minor adiens hæreditatem indiget restitutione, ut possit abstinere; secus in pupillo.
III. Quando restitutio minoris prosit fidejussori.
IV. Deficiente causa obligationis debitor non tenetur, & potest se tueri exceptione doli.
V. Restitutio adversus inconsulto aditam hæreditatem prodest etiam fidejussoribus: & quare?
VI. Exceptio doli transit ad fidejussores.
VII. Minor restitutus adversus aditam hæreditatem nec naturaliter, nec civiliter manet obligatus.
VIII. Explicatur l. si quis pro eo 56. de fidejuss.
IX. Ubi naturalis manet obligatio, fidejussor non liberatur: secus si nec civilis, nec naturalis obligatio subsistat.
X. Naturales obligationes nec Prætor tollit, neque Jus Civile: & quare?

QUoniam incidimus in restitutionem in integrum, explicemus duas alias leges, quæ eodem pertinent, Interpretibus nostris plus nimio molestas. Faten-
tur

tur plerique omnes, restitutionem in in-
tegrum non prodesse fidejussori minoris,
ita ut licet minor ipse per restitutionem
liberetur, atque eximatur ab obligatione,
tamen fidejussores ejus maneant obligati,
1 ad text. in *l. 1. & 2. C. de fid. min.* cum
aliis. Duæ sunt tamen leges, in quibus
contrarium videtur affirmari. Prima est,
quam modo explicamus, *l. si pupillus* 89.
ff. de acquir. vel om. hær. verba legis hæc
sunt: *Si pupillus se hæreditate abstineat*,
succurrendum est & fidejussoribus ab eo
datis, *si ex hæreditario contractu conveni-*
rentur. Idem confirmatur totidem fere
verbis in *l. 2. in fin. ff. de adm. & peric.*
tut. Si satisdedit tutor, *mox abstinuit pu-*
pillus, *fidejussoribus quoque ejus debet sub-*
veniri.

In his legibus agi putant Interpretes
de restitutione in integrum, quia agitur
de pupillo, qui jam adiit hæreditatem,
& ut postea se abstineat, in integrum
2 restituendus est. Ego contra sentio. A-
nimadvertendum est, in utraque lege agi
de pupillo, non de minore. Hoc autem
minor, ac pupillus interest; quod mi-
nor, si se immiscuerit hæreditati, non
potest se ab ea abstinere, nisi fuerit re-
stitutus in integrum: pupillus vero etiam
sine ulla restitutione potest se abstinere,
etiamsi se immiscuerit *l. impuberibus* 11.
& l. necessariis 57. *ff. de acquir. vel om.*
hæred.

Atque ita facile eluditur argumentum.
Sed hic non hæreo: qui fit enim, ut
pupillo se abstinente sine restitutione po-
tius liberetur fidejussor, quam si resti-
tutionem in integrum impetraverit, ea-
que impetrata se abstinuerit? Dico igi-
tur liberari fidejussores, etiamsi minor se
abstinuerit, cui certe necessaria est resti-
3 tutio. Ulpianus in *l. denique* 4. *§. sed*
utrum. vers. sed an hoc ff. de min. ait, re-
stitutionem interdum prodesse fidejussori-
bus. Hanc unam esse speciem, in qua
prodest restitutio fidejussoribus, nullus du-
bito. Causam paucis aperiam. Quoties-
cumque quis aliqua causa adducitur ad
promittendum, si causa illa falsa sit, aut
ex post facto evanescat, non tenetur.
Obligatur quidem ipso Jure, & conveni-
ri potest: sed frustra convenitur, quia
repellere potest actorem exceptione doli
mali. *l. 1. §. circa ff. de dol. mal. & met.* 4
except. l. Julianus 7. *ff. eod. l. si quis cum*
aliter ff. de verb. obl. Datur hæc exceptio
ex æquitate naturali, quia æquum non
est, ut cogatur ad solvendum debitor, de-
ficiente causa illa, sine qua promissurus
non fuisset *§. 1. Inst. tit. de except.* Si igi-
tur aliquis putans, se debere centum Ti-
tio, ea centum ipsi promittat per stipu-
lationem, licet summo Jure teneatur, &
conveniri possit; tamen exceptione doli
defenditur *d. l. 2. §. circa. vers. proinde. &*
l. Julianus 7. *ff. de dol. mal. exc.* uno ver-
bo, tenetur civiliter, non naturaliter.
Imo perinde est, ac si nulla esset ejus
stipulatio *l. si dari* 25. *in fin. ff. de V. O.*
Et eleganter Paulus in *l. qui pecuniam* 30.
ff. de reb. cred. Qui pecuniam accepturus
spopondit creditori futuro, *in potestate ha-*
bet, *ne accipiendo se ei obstringat*. Nimi-
rum quia deest causa, qua adductus fue-
rat ad promittendum.

Veniamus ad rem nostram. Minor,
qui adita hæreditate spondet creditoribus
hæreditariis, se soluturum id, quod ipsis
a defuncto debebatur, eisque dat fidejus-
sores, utique ideo promittit, quia putat,
se ipsis debere, quod promittit; videli- 5
cet, quia adeundo hæreditatem eum ipsis
obligationem contraxit, aut potius in de-
functi obligationem successit. *§. ult. Inst.*
per quas person. cuique acquir. cum simi-
libus. Quando autem minor restituitur
in integrum (etsi eo tempore, quo pro-
misit, justam causam habuit promittendi)
tamen nunc nullam idoneam causam ha-
bet, cum hæres non sit, nec in eum
transmissa sit obligatio defuncti. Tutus
igitur esse debet saltem exceptione doli
mali, si conveniatur ex sua stipulatione
l. 2. §. circa. vers. etsi. l. Julianus 7. *ff. de*
dol. mal. exc. l. qui pecuniam 30. *ff. de reb.* 6
cred. Atqui exceptio doli mali transit

etiam ad fidejussores, cum rei, causæque cohæreat, non personæ. *l. exceptiones* 7. §. 1. *ff. de except.* Et ad rem nostram accommodate Julianus in *l. si stipulatus* 15. *in princ. ff. de fidejuss. Si stipulatus esses a me sine causa, & fidejussorem dedissem; fidejussori etiam invito me exceptio dari debet.* Creditores hæreditarii stipulati sunt a minore sine causa, quia per restitutionem factum est, ut ipse non sit hæres, nec illi sint ejus creditores. Igitur omnino danda est exceptio fidejussoribus. Idcirco in legibus, quas explicamus, statuitur succurrendum, ac subveniendum esse etiam fidejussoribus.

Sed progrediar etiam longius. Dixi eum, qui falsa causa adducitur ad promittendum, teneri summo Jure, teneri civiliter; non teneri naturaliter. Minor igitur, cum per restitutionem evanescat causa promissionis, naturaliter non est obligatus. Dico præterea, nec civiliter qui-
7 dem obligatum esse. Restitutio enim rescindit ipsam stipulationem, unde oriri posset illa obligatio mere civilis, illa obligatio inutilis, & quasi nulla: nam restitutione fieri solet irritus actus, unde minor læditur *l. quod si* §. 1. & §. *restitutio. l. non omnia ff. de minor.* vel saltem inutilem prorsus efficit eam ipsam obligationem mere civilem, quia actionem denegat *l. patri* §. *si pecuniam ff. de minor.* Cum igitur minor nec naturaliter, nec civiliter amplius teneatur, fidejussores liberentur necesse est. *l. in omnibus ff. de solut.* Utar exemplo ad id, quod dicimus, confirmandum accommodato, quod mihi suppeditat Paulus in *l. si quis pro*
8 *eo* 56. *in princ. ff. de fidejuss.* Species ejus legis hæc est, ut ego arbitror. Quidam, cum putaret, se libertum esse, juravit, se præstiturum operas ei, quem patronum suum credebat, eique dedit fidejussores: non tenentur fidejussores dati; ratio est in promptu. Non possunt fidejussores obligari, nisi principalis aut civiliter, aut naturaliter saltem sit obligatus. *l. fidejussor.* 16. §. *fidejussor. ff. de fidejuss.* In hac specie principalis non est obligatus civiliter, quia juramentum civiliter, & efficaciter obligat solos libertos libertatis causa jurantes *l. ut jurisjurandi. in princ. ff. de oper. libert.* Non est obligatus naturaliter, quia promisit, quod putabat, se libertum esse, non promissurus, si scivisset, se libertum non esse: ac propterea cum errore lapsus sit, naturaliter æquum non est, eum obstringi §. 1. *Inst. tit. de except.* Quo fit, ut fidejussores ab eo frustra dati sint. Eadem ratio in re, qua de agimus. Minor non tenetur naturaliter, quia promissurus non erat, si scivisset, se nihil debere creditoribus defuncti, se hæredem non esse. Non tenetur civiliter, quia obligatio etiam civilis irrita facta est per restitutionem in integrum. Eo igitur omnino liberato, liberantur etiam fidejussores *l. in omnibus ff. de solut.*

Atque hic animadvertendum est, cur in hac specie fidejussores liberentur, non vero in aliis. Nimirum hic minor ita contraxit, ut contrahendo non obligaretur naturaliter: quamobrem infirmata civili obligatione per restitutionem, nulla superest obligatio principalis, cui inniti possit, atque adhærere obligatio fidejusso- 9
ris. At vero cum minor contrahendo naturaliter obligatur, per restitutionem non liberantur fidejussores: quia minor manet obligatus naturaliter; & quando principalis naturaliter obligatus manet, fidejussores non liberantur *l. ubicumque ff. de fidejuss.* Quod eo fit, quia tum naturalis obligatio, tum quicquid a Jure Naturali promanat, mutari non potest, aut 10
tolli a Prætore, vel Jure Civili *l. eas obligationes ff. de cap. min. l.* 2. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer. l. ubi pugnantia* 88. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* §. *pen. Inst. tit. de Jur. Nat. Gent. & Civ. Inst. tit. de legit. agn. tut. in fin.* nascitur enim obligatio naturalis ex fide, quam minor præstitit. *l. cum amplius* §. 1. *ff. de Reg. Jur.* nec efficere potest Prætor, ut sit infectum, quod factum est *l. in bello l. facti ff. de captiv.* aut non convenisse de eo, quod convenerit.

CA-

CAPUT IX.

AD L. MINOR 51. *ff. de Procurat.*

SUMMARIUM.

I. Proponitur alius casus, in quo restitutio prodest fidejussoribus minoris.
II. Alienæ litis nemo est idoneus defensor sine satisdatione.
III. Minor non est idoneus defensor: & quare?
IV. In omni judicio tres personæ sunt necessariæ, Actor, Reus, & Judex.
V. Subducto reo judicium corruit.
VI. Infirmato judicio corruit satisdatio judicialis.
VII. Satisdatio judicatum solvi quid contineat.
VIII. Cur liberentur fidejussores defensore in integrum restituto.
IX. Rescissa causa satisdationis, rescinditur ipsa satisdatio, & fidejussores liberantur.
X. Multo magis rescisso judicio, rescinditur satisdatio judicialis.
XI. Satisdatio judicialis erronea, nulla est.
XII. Exceptio, quæ competit capite minutis, non extenditur ad fidejussores, nisi in satisdatione judiciali.
XIII. Lite mortua, non tenentur fidejussores judicatum solvi.
XIV. Mutata conditione rei conventi, fidejussores ejus liberantur.
XV. Judicio in dominum translato, liberantur fidejussores dati a defensore.
XVI. Petens restitutionem non impugnat, nec committit stipulationem de rato.
XVII. Reprehenditur eorum sententia, qui putant liberari fidejussorem, quoties principalis mutat qualitatem.

JAm vero ad aliam legem, superiori prope similem explicandam aggrediamur. Ulpianus in *l. minor* 51. *in princ. ff. de Procur.* diserte affirmat restitutionem in integrum prodesse etiam fidejussori, his verbis: *Minor viginti quinque annis, si defensor existat, ex quibus causis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est: quia & ipsi, & fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur.*
1 Dubitandum non est, huc etiam pertinere id, quod indicatur in *l.* 3. §. *sed utrum. vers. sed an hoc ff. de min.* restitutionem interdum prodesse fidejussoribus: cum utraque lex sit ejusdem Ulpiani. Cur autem prosit in specie hujus legis, non in aliis, explicandum est.

Primum omnium observandum est, in hac lege agi de minore, qui volebat reum in judicio defendere. Nemo autem alie- 2
næ litis idoneus defensor est sine satisdatione *l. qui proprio* §. *qui alium ff. de proc. l. si ad defendendum* 10. *ff. de jud. solvi. l. un. in fin. C. de satisd.* §. *si vero* & §. *ult. Instit. eod.* non potest igitur ad defensionem minor admitti sine satisdatione: atqui minor frustra satisdat, cum possit 3
in integrum restitui, ac non solum ipse, sed etiam fidejussores in satisdatione adhibiti liberari *d. l. minor.* Quo fit, ut idoneus defensor non sit.

Sed hoc ipsum quæritur, cur fidejussores liberentur. Meo quidem judicio ita se res habet. In omni judicio tres personæ concurrant necesse est: Actor, Reus, 4
& Judex *l. ea quæ C. commin. & ep. l. ult. C. quomodo, & quando jud.* Ac si desit aut Judex, aut Actor, aut Reus, nullum est judicium: est enim omne judicium de re controversa, cui Judex sententia sua finem debet imponere *l.* 1. *ff. de re jud.* non potest autem ulla esse controversia nisi inter duos, quorum alter dicat, alter neget. Qui dicit, actor est; qui negat, reus; qui finem controversiæ imponit, Judex. Veniamus ad rem nostram. Minor, qui alium in judicio defendit, rei vicem gerit, rei personam sustinet *l. minor* §. 1.
ff. de proc. l. Titius 76. *ff. eod.* per resti- 5
tutionem subtrahitur minor a judicio: confestim evertitur judicium, atque infirmatur, subtracto reo, sine quo judicium non potest consistere. Infirmato judicio fit irrita omnis satisdatio, quæ pro- 6
pter judicium fuerat interposita, deficiente scilicet causa, cui satisdatio innitebatur. Quid enim promittit defensor, ejusque fidejussores? promittunt judicatum solvi. Hæc stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re judicata, de re defendenda, & de dolo malo. *l. judi-* 7
catum 6. *ff. jud. solvi.* Atqui non possunt

teneri ex prima clausula ad solvendum judicatum: quid enim solvant, si nulla est res judicata; nullum judicium? non tenentur ex secunda clausula ad defendendum, & propter rem non defensam, quia
8 indefensa non est res, de qua Prætor judicium accipere non cogit *l. vir bonus* 18. *ff. jud. solvi*: Est autem ipse Prætor, qui restituit in integrum, *l.* 1. *ff. de minor.* & restituendo, non solum non cogit, sed etiam vetat, judicium a minore accipi. Denique non possunt teneri de dolo ex tertia clausula, cum nullus dolus intervenerit, & minor Jure permittente a judicio sit exemptus, & bonus vir non arbitretur rem indefensam esse *d. l. vir bonus* 18. *ff. jud. sol.* non potest igitur committi stipulatio judicatum solvi.

Sed explicemus hæc uberius, & si fieri potest, etiam planius. Quoties rescinditur causa, propter quam fuerat interposita satisdatio, infirmatur quoque ipsa satisdatio, & liberantur fidejussores. Exem-
9 plum nobis suppeditat Paulus in *l.* 3. *ff. de rescind. vend.* Celebrata erat venditio, & propter venditionem interposita satisdatio. Contrahentes a venditione recesserunt contrario consensu: respondit Paulus, fidejussores liberatos esse. Obtinet hoc in contractibus, multo magis in judiciis, in quibus sola mutatio personæ satisdationem irritam reddit. Exemplis hæc
10 illustrabo. Qui injuriarum acturus erat, mortuus est: eo mortuo finitur judicium, quia actio injuriarum ad hæredes non transit. §. *non autem Inst. tit. de perpet. & temp. act.* cum igitur nullum sit judicium, nulla causa, cui accessit satisdatio, licet hæc stipulatio sua natura ad hæredem transeat; tamen in hac causa fit irrita, & fidejussores liberantur, rescissa causa, cui innitebatur satisdatio *l. si eum.* §. *qui injuriarum ff. si quis caut. in jud. sist.* Rursus, si quis cum non teneretur satisdare, per errorem satisdederit, fidejussoribus danda est exceptio *l.* 4. §. *item quæritur ff. eod.* Rursus, si quis his per-
11 sonis, quæ agere non potuerunt fidejussorem dederit, frustra erit datio *l. fidejussor* 2. §. 1. *ff. qui satisd. cog.* cur frustra datur fidejussor ei, qui agere non potest? nimirum quia judicium ipsum est irritum, cum desit in judicio idonea persona actoris. Sic frustra datus est fidejussor a minore defensore, si postea restituatur, cum desit idonea persona rei.
Quo fit, ut licet exceptiones, quæ com- 12
petunt capite minutis, non extendantur ad fidejussores, argum. text. in *l. defensiones* 11. *C. de except.* tamen in satisdatione judiciali contrarium sit constitutum *l.* 4. *in princ. ff. si quis caution.*

Etiam propius ad rem accedamus. Paulus in *l.* 2. *ff. judic. solv.* *Cum lite mortua nulla res sit, ideo constat fidejussores ex stipulatu judicatum solvi non teneri*. Nihil clarius. Quoties lis est mortua, quo- 13
ties judicium est nullum, ut fit, cum a judicio subducitur reus per restitutionem, non tenentur fidejussores. Etiam amplius. Non solum si a judicio subtrahatur persona rei, fidejussores liberantur, sed etiamsi mutetur conditio personæ, 14
licet eadem judicium prosequatur; tamen fidejussores liberantur. Veluti si quis defendens absentem sine ejus mandato, satisdederit; & postea mandato ejus procurator sit factus, aut ei hæres extiterit: quia non est eadem causa personæ, fidejussores non tenentur *l. si ante acceptum* 7. *ff. eod.* Hoc eo magis dicendum in specie, qua de agimus, in qua non solum mutatur conditio, & causa minoris per 15
restitutionem, sed etiam minor omnino eximitur a judicio, & judicium amplius non prosequitur, ac proinde judicium in dominum, quem defendebat, transferendum est: judicio autem in dominum translato, non tenentur fidejussores, quos defensor dedit *l.* 1. *in fin. ff. quib. mod. pig. vel hyp. solv.* Præsertim cum; minore petente restitutionem, non solum non committatur stipulatio judicatum solvi, sed nec ipsa quidem stipulatio de rato, 16
quia petendo restitutionem non videtur impugnare stipulationem *l.* 3. *in princ. ff.* rem

rem rat. hab. confugit enim ad auxilium commune, sibique a Jure tributum, ac propterea deficit conditio stipulationis *d. l. 3. §. falsus ff. rem rat. hab.*

Hoc tantum moneo, falsum videri, quod plerique Docti Viri respondent:
17 quod fidejussor, qui intercedit pro minore certæ personæ qualitatem induente, liberatur per restitutionem, quia fidejubendo videtur id egisse, ut ne teneretur, si minor eam qualitatem deponeret, quam revera deponit cum restituitur. Nam, ut omittam cetera, ex *d. l. si ante acceptum. in princ. ff. jud. solvi*, constat, eum fidejussorem, qui intercessit pro procuratore, teneri, etiamsi ille desinat esse procurator, domino mandatum revocante. Nec liberatur fidejussor, etiamsi principalis deponat qualitatem procuratoris.

C A P U T X.

AD L. IN OMNIBUS 43. *ff. de solution.*

SUMMARIUM.

I. Restitutione in integrum minor liberatur ab obligatione; & quare?

II. Liberato reo principali, semper liberatur fidejussor.

III. Quando non liberetur.

IV. Restitutio vim actionis obtinet, non exceptionis: luculenter probatur.

V. Restitutio, quæ datur creditori adversus veterem debitorem a muliere liberatum, dicitur actio restitutoria, aut rescissoria.

VI. Explicatur l. quod si minor ff. de minor.

VII. Persecutiones actionis instar obtinent.

VIII. Exceptiones omnes, præter personales, transeunt ad fidejussores.

IX. Si reus eximatur ab obligatione, fidejussor non liberatur.

X. Non potest subsistere obligatio, si reus ab obligatione eximatur: & quare?

XI. Non potest esse servitus sine re, vel persona, quæ serviat.

XII. Quando possit, exempto debitore, subsistere obligatio.

XIII. Fidejussor debitoris hæreditarii non liberatur restituta hæreditate.

XIV. Fidejussor non liberatur per deportationem debitoris.

XV. Item non liberatur cum, altero exempto, alter ex duobus reis manet obligatus.

XVI. Explicatur l. Uranius 71. ff. de fidejuss.

XVII. Affertur ratio cur restitutio non prosit fidejussoribus.

XVIII. Fidejussor non liberatur, quoties reus omnino non liberatur. Minor per restitutionem non liberatur a naturali obligatione.

XIX. Naturalis obligatio nititur æquitate: item & in integrum restitutio.

XX. Naturalis æquitas non eodem modo semper æstimatur.

XXI. Prætor defensionem, & tutelam minorum suscepit.

XXII. Jus Civile impedit effectus naturalis obligationis quoad personam pupilli, non quoad accessiones.

XXIII. Mulier intercedendo naturaliter obligatur.

XXIV. Pro ea fidejussor obligatur, licet ejus obligatio improbetur S. C. Vellejano.

XXV. Minor restituitur etiamsi sit Decurio, aut Consiliarius.

Item quamvis gesserit actum cum consensu curatoris, & auctoritate Judicis.

XXVI. In restitutione spectatur factum læsionis, non peritia, aut diligentia in actu gerendo.

ANtequam alio divertam, adhuc pauca subjiciam de restitutione in integrum. Hactenus refutavimus, & infirmavimus duo argumenta, quibus probari videtur, restitutionem in integrum prodesse fidejussoribus. Superest tertium, idque gravissimum, atque firmissimum. Re-
stitutione in integrum liberatur minor 1
ab obligatione, sed liberato reo principali semper liberatur fidejussor. Ergo restitutione in integrum minoris liberatur fidejussor. Quod restitutione in integrum liberetur minor ab obligatione, dubitandum non est; nam restitutione in integrum rescinditur, & fit irritus actus ille, quo minor fuit obligatus *l. quod si §. 1. & §. restitutio l. non omnia ff. de minor. l. 1. C. si advers. trans.* & restituitur minor in eum statum, in quo erat antequam obligaretur *l. 2. C. in quibus caus. in integr. rest. nec. non est.* Illud quoque certissimum est, quod liberato
minore, hoc est, reo principali, libera- 2
tur etiam fidejussor *l. in omnibus 43. ff. de solut.* Verba legis hæc sunt: *In omnibus speciebus liberationum, etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecæ,* pi-

pignora. Omnes species liberationum com-
3 prehendit Ulpianus: quod tamen intel-
ligendum non est de liberationibus, quæ
contingunt ope exceptionis: nam in his
fidejussor non liberatur, si exceptio per-
sonalis sit *l. exceptiones* 7. *ff. de exception.*
l. si reus 12. *ff. judic. solvi* §. *ult. Inst.*
tit. de replicat. l. etsi 24. *ff. de re judic.*
In aliis autem liberationibus una tantum
causa est, in qua liberato reo principali,
fidejussor non liberatur: videlicet cum
ipsius fidejussoris culpa perpetua fit obli-
gatio, nempe cum ipse rem debitam cor-
rumpit, & interimit *l. mora* 88. *in fin.*
ff. de verb. obl.

Neque dici potest, restitutionem in in-
tegrum liberare minorem ope exceptio-
nis, & ideo hanc liberationem non per-
tinere ad eas, de quibus agitur in *d. l.*
in omnibus ff. de solution. nam restitutio
in integrum non exceptionis, sed actio-
4 nis instar obtinet. Paulus *lib.* 1. *Recept.*
Sent. Tit. de in integr. restit. eam definit,
redintegrandæ rei, vel causæ actionem. A-
ctio appellatur ab Ulpiano in *l. non so-*
lum §. *est & casus ff. de procurat. & in*
l. etiamsi 29. §. *ult. ff. de minor.* ibi: *ad*
agendum evocato. Et omnia obtinet, quæ
sunt propria actionum: agit enim minor
læsus: agit cum eo, ad quem res amis-
sa pervenit: agit de re amissa, ut rescin-
datur actus *l. in causæ* 13. §. 1. *ff. de mi-*
nor. l. 1. *C. si advers. dot.* potest agere per
procuratorem, qui debet satisdare de ra-
to, nisi habeat speciale mandatum: po-
test reus per alium se defendere, & de-
fensor satisdare debet judicatum solvi *l.*
illud 25. §. *ult. cum l. seq. ff. de minor.*
transit ad heredes, sicut ceteræ actiones
l. non solum 6. *ff. de in integr. restit. l.* 3. §.
Pomponius l. minor 18. §. *ult. ff. de minor.*
l. Stichum 95. §. *quod vulgo ff. de solution.*
Denique sicut actiones cedi possunt *l. hac*
in factum 14. *ff. quæ in fraud. credit.* sic
cedi potest restitutio in integrum *l. quod*
si minor 24. *ff. de minor. l. alterius* 20.
§. 1. *in fin. ff. tutelæ & ration. distr.* Est
igitur restitutio quædam species actionis
rescissoriæ, qua rescinditur actus a mi-
nore gestus *l.* 1. §. 1. *ff. ex quibus caus.*
major. in integr. restit. sicut restitutio, 5
quæ datur creditori, ut ei restituatur actio
adversus debitorem mulieris intercessione
liberatum, semper dicitur actio restitu-
toria *l. quamvis* §. *Marcellus &* §. *si mu-*
lier. cum seq. & l. aliquando §. *ult. ff. ad*
S. C. Vellejan. l. 3. §. 1. *ff. de eo, per quem*
fact. erit. seu actio rescissoria *l. si paternam*
8. *C. ad S. C. Vellejan.* Nec contrarium
est, quod traditur in *l. quod si minor* 24. 6
ff. de minor. ex hoc edicto nulla propria
actio, vel cautio proficiscitur, totum enim
hoc pendet ex Prætoris cognitione. Nam
ideo non dicitur propria actio, quia Præ-
tor non dat Judicem, sicut in aliis actio-
nibus, sed ipse de causa cognoscit, sicut
cognoscit de salariis, & honorariis Pro-
fessorum *l.* 1. *C. mand. l.* 1. *ff. de extraord.*
cognit. de transactione alimentorum *l. cum*
hi, quibus 8. §. *si Prætor.* 17. *cum seq. ff.*
de transact. de fideicommissis *l. pecuniæ* 178.
ff. de verb. sig. Hæ omnes etsi proprie sint
extraordinariæ persecutiones, quia ad co-
gnitionem Prætoriam pertinent, & pro-
prie appellentur persecutiones, tamen a- 7
ctionis instar obtinent, & generali actio-
nis appellatione continentur *d. l. pecuniæ*
§. *actionis ff. de V. S. l. actionis* 37. *ff. de*
oblig. & action.

Neque illud est omittendum, quod si
restitutio esset exceptio, eo magis fide-
jussoribus prodesse deberet. Etenim etsi
exceptiones personales non prosint fide-
jussoribus, reales certe prosunt, omnes-
que aliæ, præter personales *l. exceptiones*
7. *ff. de exception. l. ex persona* 32. *ff. de* 8
fidejuss. At restitutio non esset exceptio
personalis, nam exceptiones personales ad
hæredes non transeunt *l. maritum. cum seq.*
ff. solut. matrim. Restitutio autem tran-
sit ad hæredes, ut diximus.

Itaque ad argumentum respondent Vi-
ri eruditissimi; quod licet restitutione
in integrum minor liberetur; tamen ejus
obligatio non extinguitur, quia minor
eximitur ab obligatione, manente ipsa
obli-

obligatione, ut accidit in *l. ult. ff. de duob. reis*, & *in l. Uranius* 71. *ff. de fidejuss.* Quoties reus ita liberatur, ut ejus quoque obligatio intereat, utique liberantur etiam fidejussores, quia sublata principali obligatione, subsistere non potest ac-
9 cessoria *d. l. in omnibus ff. de solut.* At vero quoties reus principalis eximitur ab obligatione, & adhuc durat ejus obligatio, non liberantur fidejussores, quia horum obligatio adhæret obligationi principali, quæ adhuc subsistit, licet exemptus sit, atque subductus reus principalis *d. l. ult. & d. l. Uranius ff. de fidejuss.*

Dicam quod sentio, fatebor tarditatem meam. Non intelligo, qui fieri possit, ut eximatur debitor ab obligatione, & subsistat ejus obligatio. Neque enim potest esse obligatio, ubi nulla est persona, quæ sit obligata *l. quoties* 14. *in fin. ff. de novat.* Annon obligationum substantia in eo consistit, ut aliquem nobis obstringat ad dandum, vel faciendum? *l. obligatio-*
10 *onum substantia in princ. ff. de oblig. & action.* Ergo si nemo sit obstrictus, deficiet substantia obligationis, ac propterea etiam ipsa obligatio. Annon obligatio est Juris vinculum, quo necessitate quis adstringitur? *princ. tit. Inst. de oblig.* potestne fieri, ut supersit vinculum, quo quis adstrictus sit, si ille non sit adstrictus? at hæc sunt ajentia, & negantia. Quid? quod, ut Philosophi omnes docent, non potest esse qualitas sine subjecto, cui in-
11 hæreat. An potest esse servitus, nisi sit aliqua res, vel persona, quæ serviat, cuique servitus inhæreat, atque affixa sit? minime vero: sublato corpore necesse est tolli Jus, quod ipsi inhærebat *l. 2. ff. de usufr. l. 3. C. eod. l. 8. §. 3. ff. de liber. leg. §. 3. Instit. tit. de servitut.* An potest esse dominium alicujus rei, nisi sit aliquis ejus dominus? Ne hoc quidem. Igitur nec obligatio potest subsistere, nisi aliquis sit obligatus.

Neque confirmat eorum sententiam *d. l. ult. ff. de duob. reis.* Neque enim ignoro, aliquando eximi debitorem ab obligatione, licet obligatio ipsa non intereat: sed id solummodo potest evenire quando 12
exempto, subductoque debitore, alia subest persona, cui possit cohærere, atque inniti obligatio. Accidit id duabus in caussis. Prima est, quando alius debitor succedit, & substituitur in locum debitoris exempti. Exempla sunt hæc. Hæres fidejussorem accepit a debitore hæreditario, postea restituit hæreditatem fideicommissario: eximitur ab obligatione hæres, sed quia in ejus locum substitui- 13
tur fideicommissarius, idcirco non perit ejus obligatio, nec fidejussores liberantur *l. hæres* 21. *in princ. ff. de fidejuss.* Alterum sit hujusmodi. Debitor principalis 14
deportatus est, ejusque bona fiscus occupavit. Deportatus eximitur ab obligatione *l. 2. & 3. ff. de sent. pass. l. servus* 30. *ff. de oblig. & action. l. tutelas* 7. *§. ult. ff. de capit. minut.* Sed tamen non extinguitur ejus obligatio, nec fidejussores liberantur *l. 1. & l. sententia* 20. *C. de fidejuss.* quia in ejus locum subrogatur fiscus, qui successoris loco habetur, ejusque obligationibus obstringitur. *l. 2. C. ad leg. Jul. de vi publ. l. si ut proponis.* 5. *C. de bon. proscript. l. si ademptis* 5. *C. de sentent. pass. l. si marito* 31. *in princ. ff. solut. matrim. l. 2. C. eod. l. si tutor* 9. *§. sed etsi fuerit ff. de tutel. & ration. distr. l. 2. §. ult. ff. de alim. legat. l. in facto* 60. *in fin. ff. de condit. & dem.*

Secunda caussa est, quando plures sunt debitores ejusdem rei: tunc enim unus ex illis ab obligatione eximi potest, non extincta ipsa obligatione, manet enim alter obligatus, & ideo subest persona, cui inhærere possit obligatio: quemadmodum accidit in adducta *l. ult. ff. de duob.* 15
reis. Ibi duo erant rei: si alter ex his deportetur; non extinguitur obligatio, quia subsistit in altero reo, & solus eximitur atque subducitur ab obligatione deportatus. Quapropter obligatus est etiam fidejussor, non quidem pro deportato *l. si debitori* 47. *in princ. ff. de fidejuss.* sed pro altero reo, qui manet obligatus, & in

in quo subsistit pristina obligatio; est enim duorum reorum una tantum obligatio *l. in duobus 3. in fin. ff. de duobus reis.*

At vero in casu nostro, in quo unus dumtaxat est reus, non potest ipse eximi ab obligatione, quin ipsa obligatio extinguatur: neque enim superest ulla persona, cui possit inhærere. Et hanc differentiam indicat Paulus in *l. Uranius*
16 71. *ff. de fidejuss.* ubi ait, quod si unus sit debitor principalis, eique succedat creditor, non est dubitandum, tolli obligationem principalem, & cum ea etiam fidejussoriam: at vero quando duo sunt debitores, & creditor uni succedit, eximitur ab obligatione ejus persona, & subsistit obligatio in altero reo, & ideo nec fidejussor liberatur. Perperam igitur ex *d. l. ult. ff. de duob. reis* deducitur argumentum, quia ibi duo sunt rei, cum in casu nostro sit unus. His animadversis, facile posset definiri, quandonam confusio debitorem eximat ab obligatione, quando ipsum liberet solutionis potestate, in qua quæstione mirum in modum se torquent Interpretes nostri. Sed de hac fortasse alias opportunius: ad argumentum propositum revertamur. Puto, verissimum es-
17 se, quod quidam existimarunt, restitutionem in integrum non prodesse fidejussoribus, quia non omnino liberat minorem ab obligatione. Quoties reus principalis aliquo modo manet obligatus, vel
18 solum naturaliter, non liberatur fidejussor *l. ubicumque 60. ff. de fidejuss.* nam etiam ab initio naturali obligationi potest accedere fidejussor. *l. stipulatus 6. in fin. & seq. ff. eod. tit.* igitur fidejussor etiam post restitutionem minoris manet obligatus, quia minor per restitutionem non liberatur ab obligatione naturali. Restitutionem enim concedit Prætor, qui naturales obligationes tollere non potest *l. eas obligationes 8. ff. de capit. min.* cum Naturalia Jura mutari, subvertique non possint §. *pen. Inst. tit. de Jure Nat. Gent. & Civil. Inst. tit. de legit. agnat. tut. in fin. l. ubi pugnantia 188.* §. *1. de Reg. Jur. l. 1.* §. *1. ff. de usufr. ear. rer.* & cum naturalis obligatio nascatur ex fide, quam præstitit minor in contrahendo, *l. cum amplius* §. *1. ff. de Reg. Jur.* non potest Prætor efficere, ut præstita non sit fides, quæ vere præstita est *l. in bello* §. *facti ff. de capt. & postlim.*

Sed videntur hæc omnia facile convelli posse hoc argumento. Naturalis obliga- 19
tio æquitate nititur *l. Stichum 95.* §. *naturalis ff. de solution.* sed restitutio a Prætore conceditur ex æquitate *l. 1. in princ. ff. de minor. l. Divus Antoninus 7. ff. de in integr. restit.* ergo vinculum, quo minor obstringitur, caret naturali æquitate, ac proinde etiam naturali obligatione. Neque enim naturalis æquitas contraria potest suadere, & ut sit obligatus, & ut non sit obligatus.

Ad hoc respondetur, quod etsi una sit, atque eadem naturalis æquitas, tamen non semper eodem modo æstimatur, & ideo aliud, atque aliud potest suadere. Aliquando æquitas æstimatur ad merum Jus Gentium; interdum cum præceptis Civilibus, & Prætoriis, neque idem suadet hoc vel illo modo æstimata: ut optime ad rem nostram notat Tryphoninus 20
in *l. bona fides ff. deposit.* si naturalem æquitatem æstimemus ad Jus Gentium, utique minor est naturaliter obligatus, cum fidem dederit intelligens id, quod agit, neque ab adversario deceptus sit *l. cum amplius* §. *1. ff. de Reg. Jur. l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constit. pecun.* si vero naturalem æquitatem æstimemus cum præceptis Civilibus, & Prætoriis, suadet restitutionem in integrum, cum & Jus Civile, & multo magis Prætor tutelam minorum susceperit, & misereatur eorum imbecillitatis, quæ multis captionibus est obnoxia. *d. l. 1. in princ. ff. de minor.* Sed hoc non impedit, quominus minor naturaliter maneat obligatus: nam æquitas 21
illa accommodata Regulis Civilibus, ac Prætoriis, hoc solum suadet, ut Prætor opem ferat læsis, quorum tutelam suscepit, ut eos a damno eximat, & reddat im-

immunes, quod efficitur restitutione in integrum, etiamsi minor maneat naturaliter obligatus, cum hæc obligatio ipsi non noceat. Cum autem Prætor tutelam minorum susceperit, non fidejussorum: idcirco de eorum fidejussoribus non curat, dummodo non noceat ipsis minoribus. Non multo dissimilis est ratio pupillorum. Pupillus pubertati proximus, hoc est, doli capax, contrahendo sine tutoris auctoritate naturaliter obligatur *l. hoc jure 19. §. si quis servo ff. de donat. l. si pupillus 21. in princ. ff. ad Leg. Falc. l. si ejus 64. in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. cum illud 25. §. 1. ff. quan. dies legat. ced. l. ult. in princ. vers. nam si ff. de jurejur. l. Stichum 95. §. aditio ff. de solut.* Verum quia Jure Civili constitutum est, ne pupillus sine tutoris auctoritate conditionem suam facere possit deteriorem
22 *princ. tit. Inst. de auct. tutor.* idcirco Jus Civile impedit omnes effectus hujus obligationis, qui afficerent personam ipsius pupilli, eique nocerent, cujusmodi sunt retentio, & compensatio. Quo factum est, ut cum hæc obligatio personam pupilli non afficiat, & quoad eam sit prorsus inutilis, aliquando dicatur pupillus nec naturaliter quidem obligatus *l. quod pupillus 41. ff. de condict. indeb. l. pupillus ff. de obligat. & action.* non impedit tamen Jus Civile, quominus hæc obligatio noceat accessionibus, noceat fidejussoribus *l. Stichum 95. §. aditio ff. de solution. l. 1. in fin. ff. de novat. l. si pupillus 127. ff. de verb. obl.* Quapropter pupillo ab omni periculo subtracto, fidejussor ejus recte obligatur *d. l. si pupillus.* sic Prætori satis fuit per restitutionem in integrum a periculo damnoque obligationis subtrahere minorem, cujus tutelam susceperat: ceterum de fidejussoribus ejus non curat *l. in causæ 13. vers. in summa ff. de minorib.* & ideo obligatio naturalis minoris etsi vires suas non exerat contra personam minoris impediente Prætore; exerit tamen contra ejus fidejussores, & accessiones.

Hæc omnia confirmamus exemplo mulieris. Mulieribus intercedentibus subvenit S. C. Vellejanum eadem de causa, qua Prætor subvenit minoribus, hoc est 23
propter earum imbecillitatem, quia multis casibus suppositæ sunt *l. 2. §. verba ff. ad S. C. Vell. juncta l. 1. in princ. ff. de minor.* & eadem æquitate suadente *d. l. 2. §. 1.* ibi, *& ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum.* Atqui certum est, mulierem intercedendo naturaliter obligari, nam & novat obligationem *l. 1. §. ult. l. si mulier 14. & l. ult. §. pen. ff. eod.* & pro ea fidejussores obligan- 24
tur, licet eorum quoque obligatio improbetur *l. si mulier 16. §. ult. ff. eod.* Igitur si naturalis æquitas, qua mulieris obligatio improbatur, non impedit, quin mulier naturaliter obligetur: nec impedire debet, quin obligati sint naturaliter minores, licet naturali æquitate restituantur.

Et sane cum minor restituatur, etiamsi in rebus gerendis sit navus, & industrius, etiamsi sit Decurio, sit Consiliarius *l. 2. C. de in integr. rest. min. l. 1. C. qui & advers. quos:* etiamsi ad confirmandum ejus actum accesserit curatorum consensus, decretum Judicis, Magistra- 25
tus auctoritas *l. 1. & 4. C. si advers. rem jud. l. 2. C. de fidejuss. min. l. 1. & toto tit. C. si tut. vel curat. l. ult. C. de fil. fam. min.* quis possit dubitare minorem tam expertum, ex actu tanto consilio, tanta auctoritate gesto naturaliter obligari? An dicemus hunc non intellexisse id, quod ageret? Itaque in hac restitutione constat, 26
potius factum læsionis spectari, quam facti rationem, & diligentiam, & experientiam minoris *l. 1. C. qui & advers. quos l. 1. §. apparet cum seq. ff. de minor.*

CAPUT XI.

AD L. DEBITOR 59. IN PRINC.

ff. ad S. C. Trebell. & l. cum quis 38. §. ult. ff. de ſolution.

SUMMARIUM.

I. Quando confuſione tollatur obligatio.
II. Debitoris, & creditoris; item debitoris, & fidejuſſoris perſonæ diſtinctæ eſſe debent.
III. Quando confuſio habeat vim ſolutionis: aut ſolum eximat ab obligatione debitorem, & nn. ſeqq.
IV. Explicatur l. hæres 21. in fine ff. de fidejuſſ.
V. Cum unus tantum eſt debitor, confuſio habet vim ſolutionis.
VI. Confuſio non habet vim ſolutionis ex æquitate, ſed ex quadam neceſſitate.
VII. Confuſio tollit obligationem etiam quoad pignus.
VIII. In omnibus ſpeciebus liberationum pignus tollitur, ſive ipſo Jure, ſive ope exceptionis debitor liberetur.
IX. Pignus manet obligatum quando ſupereſt naturalis obligatio.
X. Cum creditor cauſa cecidit plus petendo, vel lapſu temporis actione ſubmotus eſt, pignus non liberatur.
XI. Confuſione tollitur etiam naturalis obligatio.
XII. Qui cogitur adire, totam reſtituit hæreditatem.
XIII. Semel hæres ſemper hæres.
XIV. Quando remaneat obligatio naturalis non obſtante confuſione.
XV. Subtilitate Juris tollitur confuſione obligatio fidejuſſoria.
XVI. Prætor dat ſeparationem bonorum fidejuſſoris, non obſtante confuſione.
XVII. Obligatio pignoris trahitur de caſu ad caſum: explicatur exemplis.

OStendimus ſupra quando debitor eximi poſſit ab obligatione, non ſublata ipſa obligatione. Ea, quæ ibi diximus, lucem præferre poſſunt obſcuræ quæſtioni de confuſione obligationum. Confuſione tollitur obligatio, cum duæ
1 perſonæ, quas in obligatione diſtinctas
eſſe oportet, in unam coeunt per ſucceſſionem. Itaque cum debitor, & creditor diſtincti eſſe debeant, nec poſſit quiſquam ſui ipſius debitor, aut creditor eſſe *l. ſi ei cui in princ. ff. de evict. l. cum filioſam. 11. verſ. ipſi vero ff. de legat.* 1. ſi per ſucceſſionem concurrat in eamdem perſonam utriuſque perſona, confuſione tolletur obligatio *l. ſicut 75. l. Stichum 95. §. aditio ff. de ſolut.* & alibi paſſim. Item cum diſtinctæ eſſe debeant perſonæ debitoris, ac fidejuſſoris, ac nemo pro ſe ipſo fidejuſſor eſſe poſſit *l. hæres 21. §.*
ſervo tuo. in fin. ff. de fidejuſſ. ideo ſi per 2
ſucceſſionem hæ duæ perſonæ in unam coeant, tollitur obligatio fidejuſſoria, quoties plenior eſt obligatio principalis *l. ſi duo 93. in fin. l. Stichum 95. §. aditio ff. de ſolution. l. debitori 50. in fin. ff. de fidejuſſ. l. hæres 21. §. ſervo tuo ff. de fidejuſſ.*

Quæritur autem, quandonam hæc confuſio ſolutionis habeat poteſtatem. Ali-
quando enim hæc confuſio debitorem exi- 3
mit ab obligatione, aliquando ſolutionis poteſtate tollit omnem obligationem. Equidem ſic exiſtimo: confuſione eximi debitorem ab obligatione, neque enim alia de cauſa tollitur obligatio, niſi quia deficit perſona debitoris, cum idem homo, & creditoris, & debitoris perſonam gerere non poſſit, & ſui ipſius eſſe debitor. Quia vero exempto debitore aliquando permanet obligatio, aliquando vero omnino extinguitur: primo caſu manente obligatione ſolum reus eximitur, atque ſubtrahitur, nec habet poteſtatem ſolutionis confuſio; ſecundo caſu poteſtatem ſolutionis habet, quia tollitur omnis obligatio, ſicut tollitur ſolutione *princ. tit. Inſt. quib. mod. toll. oblig.* Itaque quod habeat, vel non habeat vim, & poteſtatem ſolutionis ex eo pendet, num potuerit eximi reus manente obligatione, vel non potuerit. Et hoc indi-
cat *J. C. in l. hæres 21. in fin. ff. de fide-* 4
juſſ. ubi ait, quod cum poſt confuſionem factam inter creditorem, & fidejuſſorem maneat debitor principalis obligatus, non poteſt dici ſolutionis poteſtate ſublatam obligationem. Poteſt autem, ut ſupra diximus, quoties plures ſunt debi-

bitores ejusdem rei. Quando vero unus
est tantummodo debitor, eo exempto, ne-
cesse est tolli totam obligationem, quia
nulla superest persona, in qua consistere
possit obligatio. Quo fit, ut si plures
sint debitores ejusdem rei, confusio non
habeat vim solutionis, quia uno exem-
pto, ceteri manent obligati. Ac propte-
rea si duo sint rei debendi, & creditor
uni ex illis succedat, eximitur ille reus
ab obligatione, non solutionis potestate
tollitur obligatio *l. Uranius* 71. *vers. sed
cum duo rei ff. de fidejuss.* Item si fidejus-
sor debitori hæres existat, confusio non
habet vim solutionis; manet enim obli-
gatus tamquam principalis *l. si duo* 93.
in fin. ff. de solut. cum aliis, quas supra
adduximus. Imo si duo erant debitores,
manet etiam obligatus tamquam fidejussor
alterius, cui non successit *l. hæres* §. *cum
tu ff. de fidejuss.* Denique si fidejussor cre-
ditori succedat, eximitur ab obligatione
fidejussor, sed reus principalis manet obli-
gatus *l. Uranius* 71. *vers. quod si creditor.
l. hæres* 21. §. *quod si*, & §. *ult. ff. de fi-
dejussor.* his igitur in causis non habet
potestatem solutionis confusio, quia plu-
res erant debitores ejusdem rei, & potest
unus ita eximi, ut non extinguatur omnis
omnino obligatio. Atque idem dicendum,
quando alius in locum exempti debito-
ris potest subrogari. Nam, ut supra di-
ximus, etiamsi unus sit debitor, potest
tamen eximi ab obligatione, si alius in
ejus locum substituatur, ac subrogetur,
in quo consistere possit obligatio, ut ac-
cidit in *l.* 2. §. *cum quis*, & *in l. si hæ-
reditatem ff. de hæred. vel act. vend.* & *in
l. quod bonis* §. *quod avus ff. ad Leg. Falcid.*

At vero quando unus tantummodo de-
bitor est, cum, eo deficiente, nemo su-
persit, in cujus persona subsistat obliga-
tio, utique ea funditus tollitur, quemad-
5 modum tollitur solutione, aut compen-
satione, ut in *l. quæ dotis* 33. *ff. solut.
matrim. in l. debitori* 50. *ff. de fidejuss. l.
sicut* 75. *ff. de solut. l. si id quod* 21. §. 1.
ff. de liberat. legat. Et ita nos monet
Paulus in *l. Uranius ff. de fidejuss.* ubi ait,
quod si unus tantum sit debitor, eique
successerit creditor jure solutionis, tolli-
tur obligatio: secus autem si duo fuerint
debitores. Nec obstat, quod jure solu-
tionis tollatur, etiamsi intercesserint fide-
jussores, ac mandatores; & proinde plu-
res sint debitores ejusdem pecuniæ *l. Ura-
nius* & *l. hæres* 21. §. *quod si*, & *l. si Sti-
chum* 38. *ff. eod. tit.* Nam facile respon-
detur, quod licet plures sint debitores,
tamen cum non possit eximi debitor prin-
cipalis, quin liberentur etiam fidejussores
l. in omnibus ff. de solution. perinde est,
ac si unus esset debitor, quia, hoc exem-
pto ab obligatione, necesse est, ut tota
extinguatur obligatio; ac proinde solu-
tionis vim obtinet exemptio, atque con-
fusio. Unde nostra sententia potius con-
firmatur. Ex his constat, confusionem ha- 6
bere vim solutionis non ex æquitate, sed
quadam necessitate: quia cum unus est
debitor, eo subtracto, necesse est omnino
tolli obligationem: quemadmodum tolli-
tur solutione.

His præmissis examinemus oportet,
quod putant Viri doctissimi, confusionem
vim solutionis non habere quoad pignus,
eum per confusionem principalis obliga-
tionis pignus non liberetur, sicut libe- 7
ratur fidejussor. *l. debitor* 59. *in princ. ff.
ad S. C. Trebell. l. cum quis* 38. *ff. de so-
lut.* quia pignoris causa continet hanc
conditionem, ut non liberetur, nisi pe-
cunia soluta sit, aut alio modo satisfa-
ctum creditori *l. grege* 13. §. *etiam ff. de
pignor.* facit text. *in l. ex sextante. pen. in
fin. ff. de except. rei judic.*

Ego vero numquam adduci potui, ut
crederem, extincta penitus principali ob-
ligatione, durare obligationem pignoris,
cum contrarium nominatim traditum sit
in *l. in omnibus* 43. *ff. de solut.* & hac in
re comparetur pignus fidejussori *d. l. in
omnibus*. Præterea certum est, omnibus 8
speciebus liberationum pignus extingui,
sive ipso jure liberetur debitor, sive ope
exceptionis. Non dico de solutione, &

compensatione, de quibus nemo potest dubitare: sed & novatione pignora tolluntur *l. novatione* 18. *ff. de novation. l. solutum* 11. §. *si quasi ff. de pign. act.* item acceptilatione *d. l. solutum.* pacto de non petendo *l. si tibi* §. *de pignore ff. de pact. l.* 5. §. 1. *ff. de pign.* jurejurando, & re judicata, *l. si deferente. in princ. & in fin. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* licet in plerisque causis nulla sit satisfactio creditoris. Denique, si posset pignus sine ulla principali obligatione subsistere, cur tam sollicite quæreret de naturali obligatione Paulus in *l. debitor* 59. *ff. ad S. C. Trebell.* Aliis argumentis hæc sententia perspicue posset demonstrari, sed non est hic locus opportunus.

Veniamus ad *d. l. debitor* 59. *in princ. ff. ad S. C. Trebell.* Dico, pignoris obli-
9 gationem in ea lege non tolli, quia superest naturalis obligatio, cui adhæret: ut ostendit J. C. illis verbis *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*: quæ modo explicabimus. Idem ostendit J. C. exemplo illo, *quemadmodum cum amissa est actio propter exceptionem*: quo casu dubitandum non est, superesse naturalem obligationem; hæc enim verba referri non possunt ad eum, qui tutus sit aliqua ex illis exceptionibus, quas supra numeravimus, hic enim tutus est eadem exceptio-
10 one etiam quoad pignus, ut diximus. Referuntur igitur ad eum, qui plus petendo causa cecidit §. *si quis* 33. *Inst. tit. de action.* quo casu pignus perseverat. *l. servum* 27. *ff. de pign.* aut qui tempore actionem amisit *l. qui occidit* 30. §. 1. *ff. ad Leg. Aquil.* Quo referenda etiam fortasse est *l.* 2. *C. de luit. pign.* nam & in hac agitur de actione submota, quod accidit, quoties quis desinit esse obligatus civiliter, manet tamen obligatus naturaliter; tunc enim vere submovetur actio, non tollitur penitus obligatio. Cum igitur illis casibus debitor subtilitate Juris liberatus maneat obligatus naturaliter, etiam in casu *d. l. debitor*, manebit naturaliter obligatus, cum casus hic dicatur esse similis illis. Adde quod in *d. l.* solutum repeti non potest, quod certissimum est argumentum naturalis obligationis *l. naturales* 10. *ff. de oblig. & act. l. quia naturalis ff. ad S. C. Maced. l. si non sortem* 26. §. *libertus l. si quod* 64. *ff. de condict. indeb.* Cum igitur hæres maneat naturaliter obligatus, pignus debet perseverare *l. quæsitum* 14. §. 1. *ff. de pignor.*

Non extinguitur autem naturalis obligatio in *d. l. debitor*, quia licet confusione soleat extingui etiam obligatio naturalis, ut probari potest ex *l. frater a fratre* 38. *ff. de condict. indeb. & ex l. hæ-* 11
res 21. §. *quod si ff. de fidejuss.* tamen in *d. l.* non extinguitur, quia coactus hæres adiit hæreditatem; ac proinde statim totam restituere cogitur *l.* 4. *l. nam quod* 14. §. *qui compulsus l. ita tamen* 27. §. 12
qui suspectam, & §. *si præceptis l. si patroni* 55. §. *quid ergo ff. ad SC. Trebell.* Non est autem æquum, ut amittat jus suum, qui hæreditatem accepit invitus, ut statim restitueret: neque enim videtur capere, qui cogitur alii restituere *l. non videtur capere ff. de Reg. Jur.* obligatio autem naturalis sola æquitate nititur *l. Sti-* 13
chum 95. §. *naturalis ff. de solut.* Et licet, qui semel fuit hæres, sit semper hæres §. *restituta* 3. *Instit. tit. de fideic. hæred. l. ei qui* 88. *in fin. ff. de hæred. instit.* tamen hoc inductum est ratione Juris Civilis, quæ naturalem non tollit obligationem.

Observanda autem sunt illa verba Jurisconsulti: *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*. Nam licet hæc obligatio naturalis in quibusdam causis a Jure Civili non consideretur, & sit inutilis; tamen quoad causam pignoris remanet, & utilis est: cum pignus nitatur 14
æquitate prætoria, a qua actionem obtinet §. *item Serviana Instit. tit. de action.* & passim. Prætor autem subtilitatem Juris insuper habet, & solam æquitatem spectat. Exemplis afferendis supersedemus; sunt enim trita ac pervulgata: unum tamen omittere non possum. Prætor ex

æqui-

æquitate concedit creditoribus separationem bonorum, *l. 1. ff. de separat.* si debitor fidejussori suo hæres existat, confunditur obligatio, & fidejussoria tollitur a principali, ut initio diximus. Sed hoc fit subtilitate Juris, quod major minorem tollat, *l. 3. in princ. ff. de separat.*
15 Neque enim naturaliter repugnat, eumdem teneri & principali, & fidejussoria obligatione *l. hæres 21. §. servo tuo ff. de fidejuss. l. Stichum 95. §. aditio ff. de solu-*
16 *tion.* Igitur cum sola Juris Civilis ratione sit constitutum *d. l. 3.* manet naturalis obligatio fidejussoria, quæ etsi a Jure Civili non consideretur, & pro nulla habeatur; tamen consideratur a Prætore, qui solam æquitatem intuetur, & dat separationem bonorum fidejussoris, quemadmodum si non esset sublata fidejussoris obligatio *d. l. 3. in princ.* Non aliter in casu nostro manet naturalis obligatio propter pignus, quia obligationem naturalem Prætor tuetur dando, actionem hypothecariam, quæ obligatio alioquin a Jure Civili nihili penderetur.

17 Superest text. *in l. cum quis 38. §. ult. ff. de solut.* Observandum est, quod licet fidejussoris obligatio, quæ stricti Juris est, non trahatur, ut ajunt, de casu ad casum; trahitur tamen obligatio pignoris. Itaque quoties pignus accessit alicui obligationi, quæ contracta sit alterius obligationis gratia, pignus tenetur etiam pro hac obligatione, licet huic non accesserit. Elegantissimum exemplum proponitur in *l. ult. ff. in quib. caus. pign. tac. contrah.* Aliud exemplum est in *l. solutum 11. §. solutam. vers. plane ff. de pign. action.* ubi invecta & illata a secundo conductore tenentur pignori etiam pro obligatione primi conductoris, quatenus tamen secundus conductor conduxit. Constat autem, ibi teneri etiam pro obligatione primi conductoris, quia perperam dubitaret, & conjecturis probaret Jurisconsultus, non teneri in universam pensionem, si tenerentur solum pro conductione secundi conductoris, qui solum partem conduxit. Simile est exemplum, quod proponitur in *d. l. cum quis 38. §. ult. ff. de solut.* Etenim cum & obligatio fidejussoria, & obligatio pignoris a fidejussore constituti contractæ sint contemplatione principalis obligationis, & ad eam magis, ac magis confirmandam, licet pignus non accesserit obligationi principali, sed fidejussoriæ, tamen sublata obligatione fidejussoria ex sola Juris subtilitate, tenetur pro obligatione principali.

Posset etiam responderi eodem modo, quoad superiorem legem. Nam cum inter hos confundatur obligatio sola ratione Juris Civilis *l. 3. ff. de separat.* remanet naturalis obligatio, quæ licet nihili fiat a Jure Civili; consideratur tamen a Prætore in pignore, ut diximus.

CAPUT XII.

AD L. 1. ff. QUI POTIOR IN *pign. & l. 2. C. de luit. pign. & alias.*

SUMMARIUM.

I. Pignoris obligatio non nascitur sine principalis obligatione: late probatur.
II. Hypotheca liberorum in bonis patris incipit a die susceptæ administrationis: & quare nn. seqq.
III. Referuntur variæ sententiæ, & refelluntur.
IV. Unica est patris administrantis obligatio: eaque ab initio.
V. Cujusmodi sit hæc obligatio.
VI. Futuræ & conditionali obligationi recte pignus accedit, & quare?
VII. Similia exempla afferuntur.
VIII. Pignus pro dote restituenda tenetur etiam ante numerationem, & quare?
IX. Pignoris obligatio retrotrahitur simul cum principali obligatione.
X. Conditio quando retrotrahatur, vel non?
XI. Differt dos ab aliis contractibus quoad retrahendam conditionem numerationis.
XII. Mulieris interest dotem marito numerari.
XIII. In legatis conditio non retrotrahitur.
XIV. Heres satisdat in legatis conditionalibus.
XV. Si legatum corruat, evanescit satisdatio, & ipsum sequitur, & quomodo.
XVI. Simul cedit dies legati, & satisdationis; & quando id accidat.
XVII. Explicatur l. 2. C. de luit. pignor. *& nn. seqq.*
XVIII.

XVIII. Pignoris causa est individua.

XIX. Pignus durat submota actione personali, non extincta obligatione.

XX. Submota actione per lapsum temporis, durat pignus, & quare?

XXI. Imo potest etiam de novo constitui.

XXII. Explicatur l. solutum §. solutam ff. de pign. act.

XXIII. Invecta a secundo conductore tenentur pro obligatione primi conductoris, & quare?

XXIV. Explicatur l. si rem 9. §. 1. ff. de pign. act.

XXVI. An, & cur pignus possit dari pro iis, quæ præstantur officio Judicis. Explicatur id variis exemplis.

XXVIII. An cedi possit hypotheca sine principali obligatione.

DIximus alias, neque obligationem fidejussoris, neque obligationem pignoris sustineri posse, sublata penitus & extincta principali obligatione. Sicut enim ruunt ædificia, subductis fundamentis, & vites decidunt, subtractis pedamentis; ita corruunt hæ obligationes, sublata principali obligatione, cui innitebantur. Sunt hæ obligationes hederæ similes: principalem obligationem sequuntur; ipsi tenaciter hærent; ea fulciuntur; ea subducta confestim intercidunt. *l. cum principalis ff. de R. J.* Quo fit, ut nec possint contrahi sine principali obligatione, a qua sustineantur. Frustra igitur pignus contrahitur, si nulla subsit principalis obligatio, cui innitatur. Itaque si spe futu-
1 ræ numerationis, cautionem emisero, & pignus dedero; pignus non obligatur, si postea numeratio pecuniæ non intervenerit *l. 1. & 2. C. si pign. convent. num. pecun.* Si pater ab hærede pignus accepit ex causa legati conditionalis filio relicti; pignus non tenetur, si conditio legati exi-stat, postquam filius a patria potestate liberatus est *l. si legati 28. ff. de pign.* quia pignus patri datum est, cui nulla principalis obligatio per filium acquiritur, qui non est sub patria potestate eo tempore, quo conditio existit, hoc est, quo nascitur obligatio: nam in legatis conditio non retrotrahitur, sed spectatur tempus existentis conditionis, quo tempore dies legati cedit. *l. si post diem 5. §. ult. l. si usufructus 14. §. ult. ff. quando dies leg. ced.* secus esset in contractibus, argum. text. in *l. potior §. 1. ff. qui potior in pignor.* quia obligatio ex contractu patri acquiritur, etiamsi conditio existat eo tempore, quo filius liberatus est a patria potestate, *l. si filiusfam. 78. ff. de V. O. l. quæ legata 18. in fin. ff. de Reg. Jur.* quia in contractibus spectatur tempus contractus, non existentis conditionis *l. non omne 144. ff. de R. J.* Item si quis promiserit, te daturum mihi, aut Titio, nihil agit dando pignus Titio, cui non est obligatus *l. sed etsi §. 1. ff. de const. pecun. l. cum, qui ita 56. §. qui sibi ff. de V. O.* Quamobrem in pignore recte contrahendo hoc primum oportet observare, an subsit aliqua principalis obligatio, cui possit pignus accedere, eaque quasi quodam fulcimento sustineri.

Verumtamen sæpenumero occurrunt in Jure nostro pignorum obligationes, quæ videntur contractæ sine ulla principali obligatione, cui possint inniti, de quibus accurate differendum est. Ac primum cum liberi in bonis parentis, administrantis eorum bona adventitia, tacitam habeant hypothecam, & dubitaretur, quo
tempore incipiat hæc tacita hypotheca; 2
statuit Justinianus incipere a die susceptæ administrationis *l. cum oportet §. ult. C. de bon. quæ liber.* & tamen principalis obligatio nasci non videtur nisi a die damni dati, eoque tempore, quo pater male rem gessit. Quare bona patris jure pignoris obligata sunt eo tempore, quo nondum nata est principalis obligatio.

Sed ego puto, falsum esse, quod assumitur: ac verissimum existimo, principalem obligationem initio nasci a die susceptæ administrationis. Enimvero hac de re inter doctissimos homines est magna
dissensio. Bartholus enim, & cum eo ple- 3
rique putant, obligationem nasci tempore rei male gestæ; sed tamen cum pater administrationem suscipiendo quasi contrahat *§. 1. Inst. tit. de oblig. quæ quasi ex contr. l. ait Prætor ff. de negot. gestis*, sta-

tim

tim nascitur obligatio pignoris, quæ etsi nasci non possit, antequam celebretur contractus principalis obligationis; tamen nasci potest antequam oriatur principalis obligatio.

Baldus autem, & Salicetus duas constituunt obligationes, quibus filio pater obstringitur: alteram primævam & generalem, quæ incipit a die susceptæ administrationis: alteram secundariam ac specialem, qua pater obstringitur ex mala administratione.

4 Ego vero contra sentio, unicam esse obligationem, eamque nasci initio a die susceptæ administrationis. Nemo enim ignorat, eos, qui aliena negotia suscipiunt administranda, obligari illis, quorum negotia administrant, & hanc obligationem ex quasi contractu nasci, si nullum mandatum intervenerit. §. 1. *Instit. tit. de oblig. quæ quasi ex contr. l. 5. in princ. ff. de obl. & act. l. 3. & tot. tit. ff. de negot. gest.* Hæc autem obligatio initio nascitur, cum quasi contractus similis sit contractui; & sæpenumero in Jure nostro contractus appelletur *l. sed & cum aliquis 16. ff. de negot. gest. l. contractus 23. ff. de Reg. Jur.* & in hoc quasi contractu spectandum sit initium, quemadmodum spectatur in contractibus *l. Pomponius 15. l. sed & cum aliquis 16. ff. de negot. gest.* Consequens est igitur, ut initio etiam pignus obligetur.

Atque, ut hoc apertius demonstremus, naturam hujus obligationis attentius in-
5 spiciamus. Omnis obligatio, aut in dando consistit, aut in faciendo. *l. stipulationum. in princ. l. obligationum substantia 3. in princ. ff. de oblig. & act. §. ult. Inst. tit. de V. O.* His additur obligatio mixta, quæ partim in dando, partim in faciendo consistit *l. veteris C. de cont. & commit. stip.* In obligationibus dandi statim debitor tenetur ad dandum: in obligationibus faciendi statim tenetur ad faciendum. Illud in his est singulare, quod si non fecerit elapso tempore, quo facere potuit, tenetur in pecuniam numeratam: hoc est, in id, quod creditoris interest, cum non fecisse, quod facere debebat. *l. si quis ab alio. §. ult. ff. de re judic. l. si pœnam. l. quoties quis. l. stipulationes non dividuntur. l. si quis stipulatus 112. ff. de V. O. l. 1. ff. de act. empt. l. ult. ff. si quis in jus voc. non ier.* Hujus generis est obligatio, de qua agimus, videlicet obligatio faciendi, aut mixta. Quia aliena negotia suscipit administranda, confestim obligatur ad faciendum omne id, quod in utilitatem Domini geri potest: obligatur ad administrandum diligenter, & ex bona fide. Quamobrem non solum tenetur, si damnum dederit gerendo id, quod geri non debebat, sed etiam si omiserit id, quod geri potuit *l. si pupilli 6. §. ult. ff. de negot. gest.* Quid ita? quia ad id faciendum erat obligatus: omnia enim facere debet, quæ vergunt in utilitatem & commodum ejus, cujus negotia suscepit: propterea tenetur etiam de omissione, & condemnatur in pecuniam numeratam, nempe in omnem utilitatem, quæ ex facto percipi potuit, ut in aliis faciendi obligationibus *l. si pecuniam pen. ff. si quis caution. l. si quis ab alio. in fin. ff. de re judic. §. 1. Instit. tit. de obligat. quæ quasi ex contr.* Ex his apparet, qui fiat cur tutor, & administrator non teneantur, nec adstringi possint ad solvendum, si recte administraverint. Hoc enim non ideo fit, quod initio non essent obligati, vel quod solum ex mala administratione nascatur obligatio; sed quia recte administrando satisfecerunt obligationi, & ab ea liberati sunt. Qui enim obligatus est ad dandum, ab obligatione liberatur dando, quod debet: & qui obligatus est ad faciendum, liberatur faciendo id, quod facere debebat, cum solutione ejus, quod debetur, omnis tollatur obligatio *princ. tit. Inst. quibus mod. toll. obl. l. si fidejussor ff. de condict. ind. l. si pupillus 21. in fin. ff. ad leg. Falc. l. in omnibus, cum seq. ff. de solut. l. creditori 5. C. de pact.* nec aliud sit solutio, quam præstatio ejus, quod debetur. *l. solutam 49. ff. de solut.*

Obligatur igitur pater a die susceptæ ad-

administrationis, non a die damni dati: & ideo a die susceptæ administrationis bona ejus sunt liberis obligata.

Alterum exemplum pignoris contracti sine principali obligatione proponi vide-
6 tur *in l. 5. vers. & sive ff. de pignor.* ubi ait Jurisconf. quod etiam futuræ obligationi potest pignus accedere: & in *l. grege 13. §. si sub conditione ff. eod.* ubi conditionali obligationi recte pignus accedit.

Sed facilis est & expedita distinctio. Accedit pignus & futuræ & conditionali obligationi: ita tamen, ut non ante pignus obligetur, quam principalis obligatio nascatur. De conditionali obligatione perspicue docemur in laudata *l. 5. & in l. grege 13. §. si sub conditione ff. de pign.* De futura obligatione testatur Paulus in *l. 4. ff. quæ res pign. oblig. poss.* ubi hujus rei proponit elegantissimum exemplum. Est autem hoc perpetuum in Jure nostro. Fidejussor obligari non potest, nisi principalis debitor sit obligatus. *l. fi-
7 dejussor obligari 16. ff. de fidejuss. l. qui contra 11. & l. si mihi 23. ff. eod.* nihilominus potest accedere & futuræ & conditionali obligationi *l. 6. §. ult. ff. de fidejuss.* quia suspenditur ejus obligatio, quamdiu suspenditur obligatio principalis *l. si debitori 47. §. ult. & l. fidejussor 37. ff. de fidejuss.* Novatio fieri non potest, nisi præcedat obligatio, quæ novatur *l. 1. ff. de novat. §. præterea Inst. quib. mod. toll. oblig.* & tamen novari potest futura & conditionalis obligatio *l. si Stichum §. 1. l. quoties 14. in princ. ff. de novat.* quia pendet novatio, donec principalis obligatio nascatur, quæ per novationem extinguitur eodem momento, quo nascitur *d. l. si Stichum §. 1. & d. l. quoties. in princ. ff. de novat.* Constitui non potest nisi id, quod debetur. *l. 1. §. 1. l. eum qui §. quod exigimus. l. hactenus. l. item §. quod adjicitur ff. de const. pecun.* Potest tamen constitui debitum conditionale, quia eadem conditione suspenditur *l. id, quod sub conditione ff. eodem.* Acceptilatio pariter fieri non potest nisi de eo, quod per stipulationem debetur. *§. item per acceptilationem Inst. tit. quib. mod. toll. oblig. l. an inutilis §. acceptum ff. de acceptil.* potest tamen accepto ferri etiam debitum conditionale, quia suspenditur acceptilatio, quamdiu pendet conditio: ea vero existente, debitor jam olim ab initio simul & obligatus, & liberatus fuisse videtur. *l. si sub conditione 21. ff. de acceptil. l. sub conditione 16. ff. de solutionib.* Eadem ratione pignus accedit & futuræ & conditionali obligationi, etiamsi non possit sine principali obligatione subsistere.

Sed opponi potest, quod pignus accedens futuræ obligationi, statim obligatur, etiamsi antequam nascatur principalis obligatio. Probatur id auctoritate *l. 1. ff.* 8
qui pot. in pign. hab. ubi pignus a marito datum, pro securitate dotis restituendæ, tenetur statim etiam antequam dos marito fuerit numerata. Et tamen maritus non obligatur ad restituendam dotem, nisi post numerationem *l. si ex cautione 3. C. de non numer. pecun.* cum obligari ad restituendum non possit ille, qui non accepit *l. qui pecuniam 30. ff. de reb. cred. l. cum ultra C. de non numer. pecun.*

Sed nullius momenti est hujusmodi argumentum. Non nascitur ibi obligatio pignoris ante principalem obligationem. Licet enim promissio restituendæ dotis non obliget ante numerationem, & pendeat a tacita conditione numerationis; tamen existente conditione numerationis, retrotrahitur obligatio ad tempus promissionis, perinde ac si eo tempore conditio extitisset *l. necessario. 8. in princ. ff. de peric. & comm. rei vend.* In contracti- 9
bus enim id tempus spectamus, quo contrahimus *l. non omne 144. §. 1. ff. de Reg. Jur.* Itaque pignoris obligatio retrotrahitur, & initio nata fingitur, cum principalem sequatur obligationem *l. qui balneum §. 1. & l. potior 11. §. 1. ff. qui pot. in pign. hab.* quod & de acceptilatione traditum est *in l. sub conditione 16. ff. de solut.*

Sed obstat, quod licet conditio fortui-

10 tuita, quæ a casu pendet, retrotrahatur ad tempus initi contractus, tamen conditio arbitraria, quæ pendet a potestate debitoris, non retrotrahitur *l. qui balneum 9. §. 1. ff. qui pot. in pign. hab. l. 4. ff. quæ res pign.* Atqui in potestate mariti est, dotem non accipere, & non accipiendo se ex præstita cautione non obligare *l. qui pecuniam 30. ff. de reb. credit. l. Titius 4. ff. quæ res pign. vel hypoth.*

11 Resp. multum interesse inter dotem, & mutuum, aliosque contractus. In mutuo, & aliis contractibus conditio numerationis est arbitraria. Potest enim, qui promisit creditori futuro, se restituturum pecuniam, eam postea non accipere, eaque non accepta, inutilem reddere promissionem *d. l. qui pecuniam 30. ff. de reb. cred.* Nemini enim facit injuriam, sed oblato beneficio non utitur: quod omnino est in nostra potestate *l. si Judex ff. de minor. l. invito ff. de Reg. Jur.* quapropter in mutuo pignoris obligatio non retrotrahitur ad tempus promissionis, sed tunc nascitur, cum pecunia numeratur, quia conditio numerationis est in potestate debitoris *l. Titius 4. ff. quæ res pignor.* Non ita res se habet in dote. In hac conditio numerationis non est arbitraria: neque enim est in potestate mariti, dotem non accipere, & mulierem indotatam efficere; quoniam mulieres esse dotatas, & ipsarum mulierum, & Reip. interest *l. 2. ff. de jur. dot.* Itaque si maritus aut dotem non exegerit, aut promissorem liberaverit, ipse tenetur *l. vir ab eo ff. de jur. dot. l. penult. §. si vir socero ff. solut. matrim.* Quamobrem cum non sit in potestate mariti, dotem non accipere, conditio numerationis non pendet ab ejus potestate, & propterea retrotrahitur ad tempus promissionis.

Hujusmodi discrimen inter dotem, & mutuum indicavit Papinianus in laudata *l. 1. ff. qui pot. in pign. hab.* ubi ait, quod *non probe dici potest esse in potestate mariti, ne pecuniam reddat, ut minus dotata mulier esse videatur*. Quibus significat, quod cum in potestate mariti non sit pecuniam non accipiendo efficere, ne teneatur ad eam restituendam, observandum est tempus promissionis, non numerationis. Non est autem in potestate mariti non accipere, ne mulier minus dotata esse videatur. Ita recte meo judicio verba illa interpretatur Accursius: a vero aberrat Cujacius, quia ea aliorsum accipit. Subdit deinde Papinianus: *Alia causa est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra certam diem numerasset, & forte prius, quam numeraret, alii res pignori data est*. En mutuum, in quo pignus non obligatur ante numerationem, quia fuit in potestate debitoris, pecuniam non accipere, & impedire conditionis eventum, ut perspicue explicat Paulus *in l. Titius 4. ff. quæ res pignor.*

Nec refragatur his, quæ diximus, quod in laudata *l. 1. ff. qui pot. in pig.* promissor dotis eam sibi reddi stipulatus erat; adeoque non intererat mulieris dotem a marito non accipi. Etenim plurimum nihilominus poterat mulieris interesse, dotem marito numerari. Quid enim, si 12 promissor cavisset, dotem sibi reddi solum in aliquem casum, ut sæpenumero solet evenire? Quid? quod mulieres indotatæ a maritis facile contemnuntur, ac dimittuntur, *l. ult. C. ad S. C. Vellej.* Quid? quod soluto matrimonio potuit iterum eamdem dotem promissori restitutam obtinere pro secundis nuptiis.

Sed rursus opponi potest, quod in legatis conditio non retrotrahitur ad tem- 13 pus mortis *l. is, cui 42. ff. de obl. & act. l. si mater §. eamdem, in fin. ff. de except. rei judic. l. 1. §. servi appellatione ff. ad S. C. Syllanian. l. si ususfructus 14. in fin. ff. qu. dies leg. ced. l. si legati 28. ff. de pignor.* & tamen pignoris obligatio statim nascitur, etiam antequam existat conditio, hoc est, antequam principalis obligatio nascatur *l. qui balneum §. sed & si ff. qui pot. in pign. hab.*

Animadvertendum tamen est, in ea le-

ge non agi de obligatione legati, sed de obligatione conventionali. Neque ibi pignus accessit legato, sed stipulationi conditionali. In legatis enim conditionali-
14 bus hæres tenetur satisdare legatario: hoc est, legatario promittere per stipulationem, datis pignoribus, vel fidejussoribus *l.* 1. *in princ. & in* §. 1. *& toto tit. ff. ut legat. vel fideicom. nom. caveat.* & si hæres nolit satisdare, mittitur legatarius in possessionem bonorum hæredis *l.* 1. §. 1. *& toto tit. ff. ut in possess. legator.* Supponitur in laudata lege legatum conditionale: supponitur conventio pignoris: unde consequens est, ibi agi de satisdatione legatario præstita ab hærede. Intercessit igitur stipulatio, & stipulationi pignus accessit: & retrotrahitur ad tempus celebrati contractus. Quamobrem non supponit Jurisconsultus teneri pignus a morte testatoris, quemadmodum eveniret, si retrotraheretur, cum ipsa obligatione legati: sed teneri a die conventionis: supponit enim pignus alteri traditum fuisse post initam conventionem cum legatario, & statuit, legatarium esse potiorem, licet conditio postea extiterit.

Sed obstat text. in *l.* 1. §. *si quis sub*
15 *conditione ff. ut legat. nom. cav.* ubi evanescit stipulatio, si pendente conditione decedat legatarius, quia legatum non transmittitur. Ergo stipulatio sequitur naturam, & conditionem legati. Item si legatum fuerit filio fam. sub conditione satisdandum est patri, sed si existat conditio legati eo tempore, quo legatarius factus est sui juris, evanescit satisdatio *l.* 1. *in fin. ff. ut legat. vel fideicom. caus. cav. l. si legati ff. de pign.* Non potest enim in persona filii consistere satisdatio, quia ei præstita non est. Non in persona patris, quia ei legatum non acquiritur, sed filio *l. si ususfructus* 14. *in fin. ff. quando dies leg. ced.* Atqui si stipulatio non sequeretur naturam legati, & conditio retrotraheretur ad tempus præstitæ satisdationis, patri acquireretur obligatio *l. quæ legata* 18. *ff. de Reg. Jur. l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O.*

Respondetur, quod utique, si legatum non debeatur, aut non debeatur ei, cui præstita est satisdatio, necesse est, ut corruat ipsa satisdatio. Etenim hæc satisdatio tacite in se continet hanc conditionem, *si legatum debebitur*. Præstatur enim pro securitate legatarii, non ut aliquid ex ea legatarius acquirat. Iniquum autem est, cautum esse ei, cui nihil debetur *l.* 1. §. *ult. vers. iniquum ff. ut legator. caus. cav.* Quamobrem omnes exceptiones, quæ obstant legato, obstant etiam stipulationi *d. l.* 1. §. *si quis sub conditione, in fin. ff. ut legat.* Quamvis autem corruente legato evanescat satisdatio, quæ tuendi legati causa præstita fuerat: nihil impedit, quominus subsistente legato, possit satisdatio vires suas exercere a die, quo præstita fuerat. Fingamus, debitorem pignori obligasse rem alienam, & postea dominum rei ratum habuisse, non dubitatur, subsistente pignore, ratihabitionem retrotrahi ad tempus contracti pignoris *l. si fundus* 16. §. 1. *ff. de pignor.* Corruente tamen obligatione pignoris, vel quia contracta erat sub conditione, & conditio defecit, vel quia ille, qui pignus dedit, nihil debebat; utique corruit & ratihabitio domini, & inutilis est. Sic inutilis est satisdatio, corruente legato: eo autem subsistente, retrotrahitur. 16
Sed contrarium videtur respondisse Ulpianus in *l. cum legatorum* 8. *ff. ut legat. causa cav. Cum legatorum nomine satisdatum est, simul dies legatorum cessit, protinus iisdem diebus, etiam ex stipulatione debentur.*

Respondetur, in hac lege agi de legatis in diem, ut constat ex lege sequenti, quæ hujus explicandæ causa subjecta est: ibi, *non tamen ut statim peti possint: deberi enim dicimus, & quod die certa præstari oportet, licet dies nondum venerit.* Cessit dies legati, debetur legatum: sed peti non potest: necdum venit dies legati. Hæc omnia propria sunt legati in diem, nec possunt convenire legato con-

di-

ditionali, *l. cedere diem ff. de V. S. l. si post diem* 5. *& toto tit. ff. quan. dies legat. ced.*

Quod si quis velit eam legem latius interpretari, ut comprehendat etiam legata conditionalia, animadvertat, oportet, nihil aliud in ea lege statui, ac definiri, quam quod stipulatio, & satisdatio legatorum causa præstita tacite continet eamdem conditionem, idemque tempus, quod continent ipsa legata, ut responsum est de obligatione constitutæ pecuniæ in *l. id, quod sub conditione in princ. ff. de constit. pecun.* Hoc enim significant verba illa, *iisdem diebus debentur:* hoc est, quod si legatum debebatur sub conditione, sub eadem conditione debetur etiam ex stipulatione, quamvis in stipulatione conditionis mentio facta non fuerit: si vero debebatur in diem, debetur idem eodem die, etiam ex stipulatione. Diei enim nomen, & diem certum, & diem incertum, & conditionem comprehendit, ut in *l. talis scriptura ff. de leg.* 1. *in l. si quis legata* 54. *ff. de cond. & dem.* Quæ omnia utique verissima sunt, sed non impediunt, quominus existens conditio retrotrahatur. Debetur quidem ex stipulatione legatum iisdem diebus, & sub eadem conditione, sed tamen existente conditione spectatur tempus celebrati contractus, ut in quacumque stipulatione uluvenit *l. si filius famil.* 78. *ff. de V. O.*

Ad alia jam progrediamur. Pignus sub-
17 sistere sine principali obligatione traditum est in *l. 2. C. de luit. pign. Intelligere debes vincula pignoris durare principali actione submota.* Si durant vincula pignoris sine principali obligatione, possunt etiam colligari *l. nihil tam naturale. l. omnia l. fere quibuscumque ff. de Reg. Jur.*

Doctissimus Cujacius putat, hanc legem referendam esse ad legem primam ejusdem tituli, idemque factum in ea supponi. Si plures sint ejusdem debitoris hæredes, & unus ex eis solvat creditori pro portione hæreditaria, liberatur quidem ab obligatione, & submovetur, & extinguitur actio personalis, qua poterat conveniri: durant tamen vincula pignoris, etiam pro ea portione, quæ ad ipsum pertinet, quia pignoris causa est indivi- 18
sa *l. rem hæreditariam* 65. *ff. de evict.* soluta enim parte debiti, totum pignus nihilominus manet obligatum: nam licet res pignori subjectæ divisionem patiantur, pignus tamen ipsum est individuum, nec pro ulla parte debitor liberatur, quamdiu totum debitum non fuerit exsolutum *d. l.* 1. *C. de luit. pign. l. qui pignori* 19. *ff. de pignor. l. solutum* 11. *§. si in sortem. ff. de pignor. act. l. si rem §. omnis ff. eod.* Quo facto supposito, recte ait Imperator, durare vincula pignoris submota actione personali.

Si quis huic interpretationi non acquiescat, vel quia diversa sunt Rescripta diversorum Imperatorum; vel quia id satis luculenter in prima lege fuerat explicatum, adeo ut supervacaneum videri possit, id multo obscurius repetere in secunda lege, & generaliter enunciare, quod generaliter verum non est; is animadvertat, in hac lege non statui vincula pignoris durare extincta principali obligatione, sed submota personali actione. Submoveri enim potest actio, etiam si 19
non sit sublata principalis obligatio. Quoties enim subtilitate Juris Civilis tollitur obligatio, durant vincula pignoris, ut in *l. debitor* 59. *in princ. ff. ad S. C. Trebellian. in l. ex sextante. in fin. ff. de except. rei judic.* ratio enim non patitur, ut pignore fraudetur ille, cui satisfactum non est *d. l. ex sextante.* Et ideo Prætor, cujus auctoritate nititur actio hypothecaria *§. item Serviana Instit. tit. de action.* non denegat hanc actionem, quæ ex pacto descendit *l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. & hypoth. l.* 1. *ff. de pignor. act.* & idcirco ex naturali ratione, & æquitate proficiscitur *l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de const. pec.* Neque pignus durat sublata penitus obligatione principali. Nam ratio & æquitas naturalis id efficit, ut perseveret na-

naturalis obligatio, quæ solo æquitatis vinculo sustinetur *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de solut.* Perseverante autem naturali obligatione, perseverat & pignus, licet sublata sit civilis obligatio *l. quæsitum* §. 1. *ff. de pignor.* Nec Prætor obsecundat Juri Civili in illis, quæ ab eo subtiliter sunt introducta, ut observat etiam in separatione bonorum *l. debitor.* 3. *ff. de separ.*

Existimo tamen, laudatam *l.* 2. *C. de luit. pign.* referendam esse ad præscriptionem actionis. Hoc enim casu proprie dicitur actio submoveri *l. empti actio* 21. *C. de evict.* submota autem actione per la-
20 psum temporis durant vincula pignoris. *l. debitor* 59. *in princ. versic. quemadmodum ff. ad SC. Trebell. l. qui occidit* 30. *ff. ad L. Aquil. l.* 3. *juncta l.* 7. §. 1. *C. de præscript. triginta, vel quadraginta annor.* quia per lapsum temporis non omnino extinguitur obligatio, cum tempus non sit modus finiendæ obligationis *l. obligationum fere ff. de oblig. & action.* submovebatur etiam actio, quando creditor plus petens causa cadebat §. *si quis* 33. *Instit. tit. de action.* Nemo autem dixerit, hoc casu penitus sublatam fuisse obligationem, saltem naturalem, durante æquitate, qua sustinebatur. Ac propterea durant vincula pignoris *l. servum* 27. *in fin. ff. de pignor.* Atque ad hos duos modos commodissime referri potest Rescriptum Imperat. in laudata *l.* 2. *C. de luit. pign.*

Illud postremo est animadvertendum, quod non solum durant vincula pignoris, submota actione principali, sed etiam de
21 novo constitui possunt. Exemplum suppeditat nobis Scævola in *l. ult. ff. in quibus caus. pign. tac. cont.* ubi facta transactione, & soluta majori parte pecuniæ, debitor in residuam quantitatem pignus obligavit creditori: tenetur pignus etiam pro veteri contractu. Submota enim est actio, ex veteri contractu per transactionem: tamen si transactio postea rescindatur vel propter dolum, vel propter errorem, vel alia simili causa; apparet, naturalem obligationem sublatam non fuisse, & residuam quantitatem, in quam pignus fuit obligatum, non esse solam quantitatem debitam ex transactione, sed etiam eam, quæ debebatur ex veteri contractu, pro qua non quidem expressim, sed tacite pignus obligatur. Plane hos etiam casus ea generali lege comprehendi, nullus dubitat.

Opponi etiam potest text. in *l. solutum* 11. §. *solutam ff. de pignor. act.* Dominus 22
locavit domum suam Titio; Titius ejus partem Cajo locavit. Cajus secundus conductor, in domum conductam res suas intulit. Eæ res pignori obligantur domino domus. Et tamen Cajus secundus conductor domino domus non est obligatus, neque enim cum eo contraxit. Nec potest per Titium primum conductorem acquiri obligatio domino *d. l. solutum* §. *per liberam ff. de pignor. act.* contrahitur igitur pignoris obligatio, & domino acquiritur sine ulla principali obligatione, cui innitatur.

Respondetur, quod res invectæ, & illatæ a secundo conductore pignori obli- 23
gantur domino, & accedunt obligationi primi conductoris, qua ipse domino obstringitur: non vero obligationi Caji secundi conductoris, qua ipse domino non est obstrictus: adeoque non contrahitur obligatio pignoris sine principali obligatione. Quod autem pignus teneatur pro obligatione Titii, non Caji, constat, quia frustra nos admoneret Ulpianus, pignus teneri solummodo in eam summam, in quam cœnaculum Cajus conduxit, non vero in universam pensionem; quoniam credibile non est, Cajum voluisse in universam pensionem frivola sua obligare. Absurda esset quæstio, si invecta, & illata obligarentur pro pensione Caji: & multo magis absurda esset ratio petita a præsumptione voluntatis, & a verisimilitudine. Eadem de causa ineptum esset etiam, quod admonet Marcianus ex Pomponio in *l.* 5. *in princ. ff. in quib. caus. pign.* quod si conductor mihi gratuitam habitationem concesserit, invecta a me te-

nen-

nentur domino. Quis enim de his posset dubitare, si pignus accederet obligationi secundi, non primi conductoris? præsertim hoc casu, quo secundus nullam contrahit obligationem solvendæ pensionis.

Ideo autem invecta, & illata a secundo conductore pignori obligantur domino ædium pro obligatione primi conductoris, quia utraque obligatio tam primi, quam secundi conductoris respicit personam domini: & ideo, qui infert, & invehit res in domum conductam, videtur tacite convenire cum domino domus, eas res ipsi obligatas esse pro pensione, quæ ipsi debetur. Debetur autem domino pensio a primo conductore: ibi, *videtur tacite & cum domino ædium boc convenisse, ut non pactio cœnacularii proficiat domino, sed sua propria*. Accedit igitur pignus alienæ obligationi, quod fieri posse non dubitatur *l. aliena res ff. de pignor. act.* & ideo accedit alienæ obligationi, quia obligatio propria secundi conductoris pendet ab obligatione primi, & cum ea conjuncta est, atque connexa; adeo ut licet nemo solvens creditori sui creditoris, ipso jure liberetur *l. si opera 6. ff. de dol. mal. except.* tamen secundus conductor recte solvat domino ædium, hoc est creditori sui creditoris *d. l. solutum §. solutam ff. de pignor. act.* Non admodum dissimile exemplum proponitur in *l. cum quis sibi 38. §. ult. ff. de solut.* Titius pro me fidejussit apud Cajum creditorem meum, & in suam obligationem Cajo pignus dedit. Moritur Titius, & me hæredem instituit. Adeo hæreditatem: confusione tollitur obligatio fidejussoria *l. Stichum 95. §. quod vulgo ff. de solut. d. l. cum quis 38. §. ult.* nemo enim pro se ipso fidejussor esse potest *l. hæres 21. §. quod si ff. de fidejuss.* extincta fidejussoria obligatione, pignus quoque, quod ei accesserat, extingui deberet. Respondit tamen J. C. pignus durare: manet enim obligatio principalis, cujus contemplatione tam obligatio fidejussoria, quam obligatio pignoris contracta fuerat.

Opponi præterea potest text. in *l. si rem 9. §. 1. ff. de pign. act. Non tantum autem ob pecuniam, sed & ob aliam causam pignus dari potest. Veluti si quis pignus* 24
alicui dederit, ut pro se fidejubeat. Nulla hic videtur subesse principalis obligatio, cui pignus accedat; Nemo enim alteri obligatus est, ut pro se fidejubeat.

Sed non ita est. Qui dat alicui pignus, ut pro se fidejubeat, ei mandat, ut fidejubeat: eoque fidejubente, mandati obligatur *l. semper 60. ff. de Reg. Jur. l. indebitam 47. ff. de condict. indeb. l. si remunerandi 6. §. si passus ff. mandat.* Huic obligationi mandati pignus accedit.

Denique duci recte potest argumentum a fidejussione ad pignus *l. 2. ff. quæ res pign. dari poss. l. si legati 28. in fin. ff. de pign.* imo duci potest, ut ajunt Logici, a fortiori *l. cum quis 38. in fin. ff. de solut. & l. si quis posteaquam 37. ff. de fidejuss. juncta l. 2. C. de luit. pignor.* Atqui fidejussoris obligatio interdum sine principali obligatione contrahitur, aut sustinetur. Exemplum proponitur in *l. ult. in fin. ff. de duob. reis*. Alterum in *l. mortuo ff. de fidejuss.* Tertium in fidejussore, qui accedit officio Judicis, quod nullam supponit obligationem.

Sed falsa sunt omnia. Neque enim in laudatis exemplis fidejussor obligatur sine principali obligatione. De primo exemplo id demonstravimus alio loco, ubi luculenter exposuimus *l. ult. ff. de duob. reis*.

Ad *l. mortuo ff. de fidejuss.* facilis est responsio. Mortuo reo promittendi non extinguitur obligatio, sed residet in hæreditate, quæ defunctum repræsentat *§. ser-* 25
vus Inst. tit. de hæred. instit. l. non minus 31. §. ult. ff. eod. & domini locum obtinet *l. denique §. quæsitum ff. quod vi, aut clam. l. si ante 15. ff. de interrog. act.* imo domina est *l. liber homo 13. §. si servus ff. ad Leg. Aquil.* & ideo pro ea obligatione, quæ in hæreditate est, fidejussor obligatur.

Ad tertium respondetur in omnibus iis, quæ præstantur officio Judicis, & quibus

bus accedere potest, vel fidejussor, vel hypotheca, subesse aliquam obligationem, cui potest adhærere obligatio accessoria.

26 Doctores nostri primum id probant exemplo fideicommissorum, quæ olim, ut ipsi putant, officio Judicis præstabantur, & eorum servandorum causa fidejussor dari poterat *tot. tit. ff. ut legat. seu fideic. nom. cav.* & interdum etiam pignus *l. filio ff. eod.* sed utrumque falsum est, & quod præstarentur officio Judicis, nam extraordinaria dabatur persecutio ad ea persequenda, quæ actionis quædam species erat *l. pecuniæ verbum §. actionis ff. de V. S.* & quod nulla subesset obligatio, cui fidejussor, aut pignus posset accedere. Nam persecutio illa supponebat debitum, & obligationem *l. pecuniæ verbum §. ult. ff. de V. S.* & licet stricto jure nulla actione teneretur hæres, tamen cum compelleretur auctoritate Magistratus *l. hæreditas 50. in fin. ff. de petit. hæred.* erat obligatus ad solvendum *l. obligationum substantia ff. de oblig.* & quasi debitum ab eo exigebatur *l. 3. ff. de pollicit.* Et quis poterit dubitare, hæredem saltem naturaliter obligatum fuisse? cum & fideicommissa inutiliter relicta naturaliter debeantur, & soluta repeti non possint, quia ex conscientia satisfactum est voluntati defuncti *l. 2. C. de fideicom.* Et quæ fuit causa mandandi jurisdictionem fideicommissorum Magistratibus, & creandi Prætores fideicommissarios, qui hæredes cogerent præstare fideicommissa, nisi summa æquitas obtemperandi supremæ voluntati? Illud etiam operæ pretium est animadvertere, fidejussores, & pignora, quæ dantur fideicommissorum servandorum causa, vere non accedere obligationi fideicommissi, sed obligationi stipulationis, quæ vera est & justa obligatio: præstanda enim est ab hærede satisdatio fideicommissario *l. 1. ff. ut legat.* quæ satisdatio per stipulationem fit *l. hæc stipulatio 14. ff. eod.* & stipulationi accedunt fidejussores *l. prætoria 7. ff. de præt. stip.* igitur fidejussores accedunt veræ, & civili obligationi.

Probant id etiam exemplo legatorum, quæ præstantur officio Judicis, ut in *l. servos 17. ff. de alim. legat. l. hæreditas 50. in fin. ff. de hæred. pet.* Pro legatis autem competit tacita hypotheca *l. 1. C. commun. de legat.* Sed quis non videt hæc legata deberi, & hæredem ad ea præstanda obligatum esse, saltem naturali obligatione, cum non minus æquum sit præstari hujusmodi legata, quam cetera omnia? Posset etiam in controversiam adduci, an pro his legatis competat tacita hypotheca, cum hæc detur solum quatenus competit actio personalis *l. 1. in fin. C. commun. de legat.* Sed hæc non sunt hujus loci.

Affertur etiam ad hoc probandum text. in *l. cum quis 38. §. si quis ff. de solut.* sed satis supra responsum est. Plane nemo negabit, eum, qui tempore liberatus est sine culpa, & negligentia creditoris, subtilitate quidem Juris Civilis, non posse conveniri, sed tamen secundum æquitatem, & naturalem rationem manere debitorem *l. 1. ff. ex quib. caus. major.* eaque suadente dari restitutionem creditori, ut cogi possit ad solvendum. *l. Divus 7. in princ. & in §. 1. ff. de in integr. restit.* 27

Nullius momenti sunt argumenta petita ex *l. centum Capuæ. & l. ult. ff. de eo, quod certo loco, & ex l. quæro ff. loc.* Nam ibi una est stipulatio, una obligatio sortis principalis, qua tenetur tam reus principalis, quam fidejussor, *d. l. centum Capuæ. versic. una stipulatio ff. de eo, quod cert. loc.* adeoque subest principalis obligatio, cui adhæret obligatio fidejussoris. Ceterum, quia reus principalis, præter id, quod est in obligatione, condemnatur officio Judicis etiam ad solvendum id, quod interest, vel sortis usuras: idcirco eodem officio Judicis condemnatur etiam fidejussor, cum æquum sit, ipsum quoque idem onus agnoscere. *d. l. quæro ff. loc.* Non magis igitur tene-

tur

tur fidejuſſor, quam principalis.

Ut ad pignus revertamur; opponi poſſet, hypothecam cedi poſſe ſine perſonali actione, ut fere a Pragmaticis receptum eſt: adeoque ſuſtineri ſine principali obligatione.

28 Hanc ſententiam falſiſſimam eſſe alii demonſtraverunt. Ea tamen admiſſa, falſum nihilominus eſt, hypothecam ſine principali obligatione ſubſtineri: neque enim extincta eſt principalis obligatio, a qua ſuſtineri poſſit. Ac vere etiam juxta eorum ſententiam a principali obligatione ſuſtineri conſtat, quia ipſi quoque fatentur, extincta per ſolutionem principali obligatione, hypothecam intercidere, & extingui.

CAPUT XIII.

AD L. 1. ff. IN QUIBUS CAUS.

Pign. tac. contrahatur.

SUMMARIUM.

I. *Privilegium exigendi, & prælatio in pignore quantum differant.*

II. *Qui pecuniam mutuatur ad rem reſtituendam, vel emendam, in pari cauſa potior eſt aliis.*

III. *Privilegium ejus, qui mutuatur ad ædes reſtituendas, an extendatur ad eum, qui mutuatur ad reſtituendas naves.*

IV. *Publice intereſt naves non retineri.*

V. *Inſtrumenta ruſtica non poſſunt pignorari: nec arma militum.*

VI. *Cur conceſſum privilegium mutuantibus ad ædes reſtituendas?*

VII. *Privilegia ædificiorum numerantur.*

VIII. *Non eadem Romanis cura navium, & ædificiorum.*

IX. *Mercatura a Romanis potius coercita, quam privilegiis promota.*

X. *Mercatura Romanis perniciosa: & quare? n. 12. Mercatura quare utilis Reipublicæ?*

XI. *Qua arte Romani Civitatem augerent.*

XII. *Præmia a Romanis propoſita mercatoribus: & quare? n. 13.*

XIV. *Quanta cura annonæ providerint Romani. & n. 15. & 16.*

XVII. *De frumentatione pauca delibata.*

SEnatusconſulto, quod factum eſt Marco imperante, tribuitur jus taciti pignoris illis, qui ad ædes reſtituendas pecuniam mutuantur. Hoc privilegium Pragmatici produxerunt ad omnes alios, qui in aliam rem quamlibet reficiendam, reſtituendamve pecuniam mutuantur. Non recte, meo judicio. Duo ſunt privilegia: jus exigendi, & jus taciti pignoris. Privilegium exigendi a Plinio in epiſtola ad Trajanum appellatur πρωτοπραξία, quaſi dicas, *Jus, quo quis aliis creditoribus in exigendo præfertur*. Conceditur hoc ſolis creditoribus chirographariis: & de hoc agitur in toto *tit. ff. de privilegiis credi-* 1
torum; quod eſt obſervandum, quia perperam Noſtri abutuntur ejus tituli legibus, ut demonſtrent qui ſint potiores in pignore: qua de re ibi nuſquam agitur, cum de ea ſit proprius titulus *qui pot. in pign. hab.* Jus taciti pignoris aliquando conceditur ſimul cum alio privilegio, quo creditor aliis creditoribus hypothecariis potior eſt in pignore. Animadvertendum autem eſt, quod Veteres Juriſconſulti privilegium exigendi inter chirographarios facile concedebant: itemque inter hypothecarios, ut alter altero potior eſſet: at vero ut, qui ex vi ſuæ obligationis, & natura ſua chirographarius eſt, præferatur hypothecariis, fere numquam concedebant; huic enim duo concedenda ſunt, & jus taciti pignoris, quod raro Veteres tribuebant, & jus prælationis in pignore, ut Noſtri ajunt. Præterea, quia jus pignoris unuſquiſque poteſt ſua conventione ſibi acquirere, neque indiget in hoc legis privilegio, neque æquum eſt, ut qui negligens fuit in pignoris obligatione ſibi conſtituenda, præferatur his, qui eam expreſſe ſibi conſtituerunt. *Arg. text. in l. pupillus ff. quæ in fraud. cred.* Recte Varr. *de re ruſt. lib. 1. Dii facientes adjuvant.*

Hoc igitur ratum ſit. In pari cauſa, qui pecuniam mutuatus eſt ad rem refi- 2
ciendam, reſtituendam, emendam, præfertur aliis. Hoc eſt, ſi de pignore ſibi non ca-

caverit, cum ipse sit chirographarius, præfertur chirographariis, cum sint in pari causa *l. qui in navem 26. l. quod quis 34. ff. de reb. auct. Jud. alias, de privileg. creditor. l. si ventri* §. 1. *ff. eod. l. creditor* 25. *ff. de reb. cred.* si vero pignus expresse sibi constituerit, cum sit hypothecarius, præfertur aliis hypothecariis, cum sint in pari causa: & ita sunt intelligendæ *ll.* 5. *& 6. ff. qui pot. in pign. hab. Auth. de æqual. dot. c.* 3. Et hoc demonstrare possem satis evidenter: sed hic non libet hanc quæstionem penitus examinare.

Solum hic quærimus de navi. Qui pecuniam credit ad restituendas ædes habet jus tacitæ hypothecæ *l. 1. ff. in quib. caus. pig. tac. contrah.* & quidem ita, ut aliis sit potior *l. 5. & 6. ff. qui pot. in pig. hab.* Videtur id constitutum publicæ utilitatis
3 causa, ut infra dicemus. Atqui multo major in Remp. utilitas redundat ex navium, quam ex ædium ædificatione, propter mercaturam, cum ad summam Reip. pertineat exercitio navium *l. 1. §. licet 20. ff. de exercit. act.* Non potest igitur dubitari, quin privilegium dictæ legis primæ, si non ad alia, certe ad naves pertineat.

Dicam, quod multis videbitur fortasse παράδοξον. Ob id ipsum, non potest privilegium illud ad naves pertinere, quia navium exercitio ad summam Reip. pertinet. Observandum enim est, quod si naves tacite pignori obligentur omnibus, qui vel ad naves fabricandas, vel reficiendas, vel armandas, vel emenda nautis cibaria pecuniam crediderunt, facile eveniet, ut a creditoribus detineantur; atque ideo libere navigare non poterunt
4 commercii causa, ac maximum mercaturæ afferetur impedimentum. Constantinus Imperator tribus Constitutionibus vetuit, naves alicubi retineri, aut ullo genere incommodi affici, quo minus progredi, & celeriter eo, quo cursum dirigunt, possint pervenire. Extant hæ tres Constitutiones in Codice Theodosiano in *tit. de navicul. l.* 4. 8. *& 9.* quarum una tantum relata est in Codicem Justiniani sub eodem titulo. Recte etiam Athenienses lege caverant, ut judicia mercatorum Athenis peragerentur a mense Boedromione, ad Munychionem; hoc est sex illis mensibus, quibus navigari non potest, ne tempore ad navigandum opportuno judiciorum impedimentis distinerentur: teste Demosthene in *Orat.* πρὸς Ἀπατούριον. Et Xenophon omnium rerum peritissimus in *lib. de reditibus*, ait, Præfecto mercaturæ proponenda esse præmia, quicumque æquissime, celerrimeque judicaverit, ne impediantur illi, qui navigare volunt, & ut plures, iique libentius negotientur. pertinet igitur ad mercaturæ utilitatem, non impediri navigationem, nullaque de causa naves detineri, quod eveniret navibus pignori obligatis.

Exemplum peti potest ab agricultura. Pertinet ad summam Reip. ne agrorum cultura turbetur; nihil ea conducibilius, & in privilegiis par est ædificiis *l. 1. ff. de tign. junct.* Quid autem in ea est constitutum? Tantum abest, ut aliquod jus tacitæ hypothecæ tribuatur ejus favore: quin potius instrumenta rustica, quibus opera rustica exercentur, prohibentur oppignorari, & in quadruplum condemnatur, quicumque ea jure pignoris ausus 5
fuerit auferre *l. executores* 7. *& l. seq. cum Auth. agricultores C. quæ res pign.* Idemque dicendum est de armis militum, argum. text. in *l. qui commeatus* §. 1. *ff. de re milit. juncta l. 9. ff. de pignor.* recte Diodor. Sic. *lib. 1. Biblioth.* μέμφονται δέ τινες οὐκ ἀλόγως τοῖς πλείστοις τῶν παρὰ τοῖς ἕλλησι νομοθετῶν, οἵτινες ὅπλα μὲν, καὶ ἄροτρον, καὶ ἄλλα τῶν ἀναγκαιοτάτων ἐκώλυσαν ἐνέχυρα λαμβάνεσθαι πρὸς δάνειον, τοὺς δὲ τούτοις χρησομένους συνεχώρησαν ἀγωγίμους εἶναι. Quemadmodum igitur, ne pignoris causa turbetur agrorum cultura, prohibentur obligari instrumenta, quibus ea exercetur: ita ne turbetur negotiatorum navigatio, potius interdicenda est obligatio navium, & armamentorum, quibus navigatio exercetur, quam con-

ce-

cedenda tacita hypotheca.

Sed hic non consistimus. Præterea animadvertendum est, alia de causa non posse deduci argumentum ab ædificiis ad naves de Jure Romanorum. Ei, qui pecuniam credidit ad restituendas ædes tributum est jus taciti pignoris ob publicam utilitatem, sed eam utilitatem, quæ respicit decorem, ornatumque, & magni-
6 ficentiam Urbis, quod navium ædificationi non convenit. Præsertim cum Romani nulla de re tam accurate caverint, quam ne ruinis Urbis aspectus deformaretur, & incredibili diligentia Urbis decori, atque amplitudini providerint: quo factum est, ut universa Roma diceretur esse *miraculum*, teste Cassiodoro, eique

Par esset nihil, & nihil secundum. Mart. Primum enim ab ipsis fere Urbis nascentis, & legum incunabilis, in duodecim Tabulas relata est a Decemviris lex illa: *Ut ædificia in Urbe ita fierent, ut sestertius pes inter ædes vicinas ambitus causa*
7 *relinqueretur*. Hinc Romæ omnes fere erant insulæ, raræ admodum domus. Item illa alia: *Tignum junctum ædibus ne solvito*. Voluerunt enim potius, dominum, contra omnes Juris Regulas, suo tigno privari, quam dirui ædificium, ac Urbem ruinis deturpari *l. 1. ff. de tigno junc. l. gemma 6. ff. ad exhib. l. de eo 63. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. qui res suas 98. in fin. ff. de solut. l. 7. §. 7. ff. de acquir. rer. dom. §. cum in suo Inst. tit. de rer. divis.* Quod privilegium nec navi, nec aliis rebus tributum est *l. gemma 6. ff. ad exh. l. in rem actio §. 5. & 6. ff. de rei vindic.* Plin. *lib.* 35. *cap.* 14. & Vitruvius *lib.* 2. *cap.* 8. meminerunt alterius legis, qua cavebatur, ne parietes communes crassiores sesquipedalibus constituerentur. Augustus ad impediendos, ut ait Juvenalis, *lapsus Tectorum assiduos, & mille pericula sævæ Urbis*, vetuit, ne supra septuaginta pedes domus attollerentur, teste Strabone: & Nero etiam, teste Tacito, cohibuit altitudinem ædificiorum. Denique Trajanus modum ædificiis statuit, pedes sexaginta. Vespasiano imperante decretum est Senatusconsulto, ne marmora negotiandi causa detraherentur ex ædibus, aut ædificia diruerentur, materiæ in aliam domum exportandæ causa. Hoc Senatusconsultum ab Adriano Imperatore confirmatum est, ut refert Spartian. *in ejus vita*. Eo continebatur, ne ea, quæ ædibus juncta sunt, tollere negotiationis, aut commercii causa liceret, neve vendere, emere, legare, pœna dupli constituta in eum, qui sustulisset, in ærarium inferenda. Factum est hoc Aviola, & Pansa Coss. circa annum Nostræ Salutis 125. & confirmatum ab Alexandro Severo *in l. 2. C. de ædif. priv.* ejusque frequens mentio in Jure nostro, ut in *l. Senatus* 52. *ff. de cont. empt.* in *l. ceteræ* 41. *§. sed ea* 1. *ff. de leg.* 1. in *l. ult. ff. de dam. inf.* in *l. Marcellus* 45. *ff. de don. int. vir. & ux.* in *l. fideicommissa* 11. *§. si quis illicite* 14. & in *l. nutu* 21. *§ ult. ff. de legat.* 3. Rursus Ulp. in *l. Præses* 7. *ff. de off. Præsid. Præses Provinciæ inspectis ædificiis dominos eorum causa cognita reficere ea compellat, & adversus detrectantem competenti remedio deformitati auxilium ferat.* Consonat text. in *l. ad curatoris* 46. *ff. de damn. inf.* Quid dicam de privilegio illo, quod concessit Philippus Imperator in *l. 4. C. de ædif. priv.* ut si unus ex sociis communem ædem restituisset, & alter intra quatuor menses partem sumptus non restituisset cum usuris centesimis, pars ejus domus accresceret ei, qui restituisset? Fuerat hoc & antea a D. Marco constitutum *l. cum duobus, alias l. fratres. §. idem respondit* 10. *ff. pro soc.* a quo & jus taciti pignoris fuit concessum in *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* Simile est privilegium jam olim a Vespasiano concessum, de quo Sueton. *in ejus vita cap.* 8. *Vacuas areas occupare, & ædificare, si possessores cessarent, cuicumque permisit*. Simile quid Adrianus etiam videtur edixisse, cujus Edicti mentio fit in *l. 5. C. de ædif. priv.* Adeo nihil est tam alie-

rum a Regulis Juris, quod ædium causa non sit constitutum. Ac sane præsagisse videtur Philippus: paucis enim diebus post legem latam, orto Romæ incendio, multa ædificia sunt consumpta, quibus restituendis multum contulit lex paulo ante lata. Plura non addo: hoc tantum dico, nulla fere de re frequentius a Romanis cautum, quam de sartis tectis tuendis, ne ædificia essent cassa ac ruinosa, qua in re posita est dignitas Urbis, & ornamentum, eoque pertinent textus in *l.* 2. §. *si quis* 17. & in *l. ult. ff. ne quid in loc. publ.* in *l. præscriptio C. de oper. publ.* in *l. Præses ff. de offic. Præsid.* & alibi passim. Inter hæc autem multa sunt contra Juris Regulas constituta, quæ si quis ad naves, & alia velit producere, totum Jus Civile pessumdabit.

Videamus igitur, an apud Romanos simile quid fuerit de navibus constitutum. Ac certe non eam curam navium habuisse Romanos, quam ædificiorum, conjectura assequi possumus, cum ædificiis sartis tectis tuendis Magistratum præfecerint,
8 Ædiles: navibus vero custodiendis, aut negotiationi amplificandæ nullus præesset Magistratus. Sed conjecturis opus non est. Cum tot legibus Urbis decori, & ædium reparationi provisum esset: nulla lege consultum fuisse negotiationi, præsertim stante Republica, reperimus. Imo multis legibus mercimonia coercebantur. Primum Auctor est Livius *lib.* 21. *prope fin.* & Cic. *Verr.* 7. Q. Claudium Tribunum Plebis anno Urbis 535. P. Cornelio, & Ti. Sempronio Coss. legem tulis-
9 se: *Ne quis Senator, quive Senatoris pater fuisset, maritimam navem, quæ plus quam trecentarum amphorarum esset, haberet. Id satis habitum ad fructus ex agris vectandos: quæstus omnis Patribus indecorus visus est.* Fuit hoc postea a Julio Cæsare Dictatore confirmatum lege Julia repetundarum *l.* 3. *ff. de vacat. & excus.* Thebani quoque ad munera publica accedere prohibebantur, nisi decem annis destitissent a mercimoniis exercendis, ut refert Arist. *lib.* 3. *Polit. c.* 5. Longius etiam progressi sunt Romani, cum nobiles omnes negotiationem exercere prohiberentur *l. nobiliores* 3. *C. de commerc. & mercat.* Recte Cic. *de Offic. Mercatura, si tenuis est, sordida putanda est: si magna & copiosa, multa undique apportans, multisque sine vanitate impertiens, non est admodum vituperanda: atque etiam si satiata quæstu, vel contenta potius, ut sæpe ex alto in pontum ex portu ipso se in agros possessionesque contulerit, videtur jure optimo posse laudari.* Imo aliquando ipsi mercatores in pœnam negotiatione abstinere cogebantur; cum tamen nemo ad exercendam negotiationem cogi posset *l.* 9. §. *sunt autem, & aliæ; cum* §. *seq. ff. de pœn.* licet plerumque id fieri non debeat *l. illicitas* 6. §. *neque ff. de offic. Præsid. l.* 2. *ff. de jur. patron.* Pantapolis interdictum, ne Romæ essent. Id postmodum eis concessum est Valentiniani novella Constitutione circa annum Salutis Nostræ 440. *Pantapolæ* sunt negotiatores, qui omnia vendunt: & locus, ubi vendunt, *Pantapolion* appellatur, ut ait Pollux *lib.* 7. *cap.* 3. Præterea prohibebantur Romani mercaturæ causa ultra Nisibin, Callinicum, & Artaxatam proficisci *l.* 4. *C. de comm. & merc.* & pœna proscriptionis bonorum, & perennis exilii constituitur, si contra fecerint *l. ult. C. eod.* Interdictum etiam erat mercatoribus, ne mercimonii causa Barbaris aurum præberent. *l.* 2. *C. eod.*

Sed quorsum hæc? Nimirum perniciosum erat Romanæ Reip. mercimonium, non utile, præsertim in illa vetere disciplina. Videbitur hoc inauditum; sed certe perniciosum Urbibus mercimonium dicitur in *l. nobiliores* 3. *C. de commer. & merc.* Causam ego deinceps aperiam. Est utilis civitatibus multis de causis nego- 10
tiatio. Primum eam comparandis Regum amicitiis, & conciliandis Barbarorum animis utilem esse testatur Plutarchus. Præterea publica vectigalia mirum in modum auget, & Reip. proventus, & quo plures in Urbem confluunt mercatores,

τλῆον

πλεῖον μισθοφοροῖτο, ϗ πλειστφοροῖτο: *plus mercedis, ac tributi redigitur*, ut ait eleganter Xenophon *in lib. de redit. in princ.* Denique hac de caula & omnium rerum copia, & opum affluentia, & hominum multitudine florent civitates. Apud Diod. Sicul. *lib.* 11. *Biblioth.* Themistocles ἔπεισε τὸν δῆμον καθ' ἕκαστον ἐνιαυτὸν πρὸς ταῖς ὑπαρχούσαις ναυσὶν, εἴκοσι τριήρεις προσκατασκευάζειν, ϗ τοὺς μετοίκους, ϗ τοὺς τεχνίτας ἀτελεῖς ποιῆσαι, ὅπως ὄχλος πολὺς εἰς τὴν πόλιν πανταχόθεν κατέλθῃ, ϗ πλείους τέχνας κατασκευάσωσιν εὐχερῶς· ἀμφότερα γὰρ ταῦτα χρησιμώτατα πρὸς ναυτικῶν δυνάμεων κατασκευὰς ὑπάρχειν ἔκρινεν. *Persuasit etiam Populo, ut præter naves, quas haberent, viginti triremes quotannis ædificarent, ut inquilinos, & artifices immunitate donarent, ut & magna undequaque multitudo in Urbem conflueret, & magnam artificiorum varietatem facile compararent; utrumque enim ad augendam, constituendamque in mari potentiam utilissimum judicabat.* Et quidem Athenis immunitas merratoribus erat tributa. Interp. Aristoph. in Pluto: τινὲς τῶν πολιτῶν, ἡνίκα χρημάτων ἦν εἰσφορὰ πρὸς τὴν πόλιν, τὴν ἐμπορίαν ἐπροφασίζοντο, τὴν εἰσφορὰν βουλόμενοι φυγεῖν. Ἀζήμιοι γὰρ οὗτοι διεφυλάττοντο (ὡς φησιν Εὐφρόνιος) ὡς τὴν πόλιν ὠφελοῦντες πλεῖστα διὰ τῆς αὐτῶν ἐμπορίας. *Ex civibus quidam cum facultatum suarum Civitati tributum pendere deberent, ut illud vitarent, negotiationem suam causabantur. Immuuitate enim gaudebant mercatores, quippe qui sua negotiatione plurimum Civitati prodessent.*

Verumtamen hæc ad Romanos non pertinent, qui alia via aggressi sunt. Ipsi tum benignitate, tum metu, tum potentia Barbaros continere: victoriis, præda, triumphis, vectigalibus, & tributis devictarum Gentium opes Civitatis amplificare: augere Populi frequentiam, & Nationes omnes allicere splendore Urbis, ludorum, & spectaculorum magnificentia, frumentatione, manumissionibus. An
11 vero ulla alio ratio adsciscendæ multitudinis a Romanis erat exquirenda, a quibus ad exhauriendam Civitatem supra centum & sexaginta coloniæ deductæ in solam Italiam numerantur, cum, quasi superfluentem sanguinem, multitudinem emittere cogerentur? Quicumque inquirere voluerit in census habitos Luculli, Augusti, Claudii temporibus, certe non desiderabit negotiationem ad augendam Populi frequentiam. Juv. *Jampridem Syrus in Tyberim defluxit Orontes.* Nec mercatorum industriam requiret ad opes Civitatis amplificandas, quicumque noverit civium Romanorum opulentiam fere incredibilem. Nota est illa vox Crassi negantis, divitem esse, qui exercitum suis fructibus alere non posset. Latissime patet hic campus. Ego non progrediar longius. Hoc tantum moneo ex Olympiodoro apud Photium. Rebus Romanis jam afflictis sub Honorio, & Arcadio multas domus Romanorum annui redditus coegisse quatuor millia auri pondo ex possessionibus, ac tertiam præterea partem ex tritico, vino, & aliis rebus redigere potuisse, si vendidissent.

Quid potuit tantis opibus addere negotiatio? imo vero multum detrahebat, qua de causa perniciosa habebatur. Luculentissimus testis esto Plinius, qui *lib.* 12. *c.* 18. queritur, annis omnibus ab India, atque Arabia millies sestertium Imperio Romano adimi. Idem *l.* 6. *c.* 23. 12
Indigna res, nullo anno imperii nostri minus sestertium quingenties exhauriente India, & merces remittente, quæ apud nos centuplicato veneant. Immensa propemodum est hæc summa in res Indiras consumpta: conficit enim nostrorum aureorum centum & viginti quinque milliones. Incredibilis plane res; itaque puto, Romæ venditas fuisse quingenties, non in India, hoc est aureis nostris 1250000. Adde jam merres ex Arabia advectas, advectas ex tot aliis Provinciis, ex quibus quicquid erat eximium Romam advehebatur. Præclare Sidon. Apollin. *Carm.* 5.

—— tum quæque suos Provincia fructu
Exposuit, fert Indus ebur, Chaldæus amomum,
Assyrius gemmas, Ser vellera, thura Sabæus.
Atthis mel, Phœnix palmas, Lacedæmon olivum,
Argos equos, Epirus equas, pecuaria Gallus,
Arma Chalybs, frumenta Libes, Campanus Jacchum,
Aurum Lydus, Arabs guttam, Panchaia myrrham,
Pontus castorea, blattam Syrus, æra Corinthus.

Hæc omnia auro, atque argento commutabantur: Roma enim nihil asportabatur ad exteros, unde possent merces cum mercibus commutare. Atheniensibus proderat negotiatio, quia, ut ait Xenophon, maxima rerum erat ad exportandum copia. Romanis nocebat, quia Cives auro, atque argento emungebat. Hinc ab Imperatoribus prohibitum est aurum Barbaris præberi in *l. 2. C. de com. & merc.* Quod & multo ante fuerat constitutum. Cic. *pro L. Flacco. Exportari aurum non oportere, tum sæpe ante Senatus, tum me Consule gravissime judicavit.* Quid? quod ea luxum invexit, pestem virtutum, perniciem Reipubl. excidium Imperii. Juven.

—— Sævior armis
Luxuria incubuit, victumque ulciscitur Orbem.

Incubuit post domitam Asiam, unde omnes deliciæ in Urbem confluebant, & Imperium, quod æternum fore videbatur enervavit, dissipavit, evertit. Itaque bene, ac sapienter veteres Romani negotiationem privilegiis non fovebant, quem morem posteri etiam diu retinuerunt.

Enim vero non ignoro, multa tum in Jure nostro, tum apud Veteres rerum gestarum Scriptores reperiri in favorem
13 mercatorum constituta. Legimus apud Suetonium *in Claudio c. 18. & 19. proposuisse fabricantibus naves mercaturæ causa magna commoda, magna lucra negotiatoribus, suscepto in se damno, si cui quid per tempestates accidisset.* Legimus in Tacito *Ann. lib. 13.* a Nerone constitutum, ne censibus negotiatorum naves adscriberentur, tributumque pro illis penderetur. Apud Lampridium *in vita Alexandri Imperatoris*, ab eo concessam negotiatoribus immunitatem. Ulpian. in *l. 1. §. licet 20. ff. de exercit. action. Ideo autem ex voluntate in solidum tenentur, quia ad summam Remp. navium exercitio pertinet.* Cetera omitto, mox enim referemus opportunius.

Verumtamen animadvertendum est, hæc omnia referenda esse ad negotiatores frumentarios, qui suis navibus, industria, vigiliis, Urbis annonæ providebant. Magna, ac certa lucra proposuit Claudius negotiatoribus: nimirum quia: *Cum in* 14
summa annonæ caritate a turba detentus in foro, conviciisque, ac simul fragminibus panis ita instratus esset, ut ægre, ac nisi postico posset evadere, nihil non ex eo cogitavit ad invehendos etiam in tempore hyberno commeatus. Idem Claudius tribuit Civitatem Romanam ei, qui navem fabricasset capacem decem millium modiorum frumenti, & Romam sex annis frumentum portasset, ut refert Ulpianus noster in fragmentis *Inst. tit. 3. de Latinis.* Huc etiam pertinet *l. 3. §. Senatusc. ff. de inc. ruin. naufrag.*

Nero negotiatores immunitate donavit. Ad quos pertineat hoc privilegium nos docet Scævola in *l. 3. ff. de vacat. & exc. His, qui naves marinas fabricaverunt, & ad annonam Populi Romani præbuerunt, non minores quinquaginta millium modiorum, aut plures singulas non minores decem millium modiorum, donec hæ naves na-* 15
vigant, aut aliæ in earum locum, muneris publici vacatio præstatur ob navem. Possunt hæc referri ad Marcum Antoninum, qui Scævola valde usus est, & rei frumentariæ graviter providit: sed non sine causa quis hæc ad Neronem referat, nam Marcus *magis Jus vetus restituit,*

quam

quam novum fecit. Capitol. *in ejus vit.* Ut ut sit, constat Neronis privilegium ad negotiatores frumentarios folummodo pertinere. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Temperata apud transmarinas Provincias frumenti subvectio: & ne censibus negotiatorum naves adscriberentur, tributumque pro illis penderent, constitutum*. Hujus constitutionis occasionem petere possumus a Sueton. *in Nerone c.* 45. *Ex annonæ quoque caritate luctantium accrevit invidia. Nam & forte accidit, ut in publica fame Alexandrina navis nuntiaretur pulverem luctatoribus aulicis advexisse. Quare omnium in se odio concitato, nihil contumeliarum defuit, quin subiret*. Aurelianus quoque Imperator apud Vopisc. ita gloriatur: *Inter cetera, quibus Diis faventibus Romanam Remp. juvimus, nihil mihi est magnificentius, quam quod additamento unicæ omne annonarum urbicarum genus juvi; quod ut esset perpetuum, navicularios Niliacos apud Ægyptum novos, & Romæ amnicos posui, Tiberinas extruxi ripas*.

Eodem referenda est etiam immunitas concessa negotiatoribus ab Alexandro Severo. Lamprid. *in ejus vita. Commeatum Populi Romani sic adjuvit, ut cum frumenta Heliogabalus evertisset, vicem de propria pecunia loco suo reponeret. Negotiatoribus, ut Romam volentes concurrerent, maximam immunitatem dedit*. Recte hunc locum interpretari possumus ex Callistra-
16 to, qui sub hoc Imperatore floruit. Hic in *l.* 5. §. *negotiatores ff. de jure immun. Negotiatores, qui annonam Urbis adjuvant, item navicularii, qui annonæ Urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in hujusmodi actu sunt*. Et Paulus, cujus consilio Alexander utebatur *in l.* 9. §. *ult. ff. de vacat. Paulus respondit, privilegium frumentariis negotiatoribus concessum etiam ad honores excusandos pertinere*. Quamobrem dubitandum non est, eodem pertinere *l.* 1. §. *licet* 20. *ff. de exercit. act.* quæ est Ulpiani, cujus etiam consilio utebatur Alexander Imperator. Habebant quoque navicularii corpus, quod immunitate gaudebat *l.* 1. *ff. quod cujusque univers.* sed ut immunitate gauderent, aut navigare debebant, aut majorem substantiæ partem ad subvehendam annonam in mercatura habere *l. semper* 5. §. *licet* 6. *ff. de jur. immun.* Quo referenda etiam est *l. Severus* 9. §. 1. *ff. de Decur.* ubi navicularii Decuriones fieri prohibentur.

Eadem immunitas ab omnibus oneribus, & muneribus tributa est naviculariis a Constantino Imperatore in *l.* 5. 7. *& toto tit. Cod. Theod. de navic.* sed & hæc ad juvandam annonam Urbis Constantinopolitanæ, quam quadriennio ante ædificaverat, ac dedicaverat, videntur constituta *l. pro commoditate* 7. *& l. provideatur* 28. *Cod. Theod. de navicular.*

Ex his constat, privilegia omnia negotiatoribus concessa ad rem frumentariam pertinere. Sed quorsum tanta frumenti advehendi cura? Nimirum Romanus ager alendæ tantæ multitudini impar erat, & ad sedandam famem frumentum ex Sardinia, Sicilia, Africa, Hispania advehendum. Tacit. *lib.* 12. *Annal. Nec nunc infœcunditate laboratur, sed Africam potius, & Ægyptum exercemus, navibusque,* 17
& casibus vita Populi Romani permissa est. Plin. *in Paneg. Percrebuerat antiquitus, Urbem nostram, nisi opibus Ægypti ali, sustentarique non posse*. Cœpit & Populo distribui frumentum ab Ædilibus primum pretio minimo, mox etiam gratis. Manius Marcius Ædilis primus frumentum assibus in modios Plebi divisit: ut refert Plin. *lib.* 18. C. Gracchus semisse & triente. Clodius legem annonariam tulit, ut frumentum gratis populo daretur. Nec parva ea summa. Impensa in eam rem Catonis tempore, ut refert Plutarchus, mille ducenta, & quinquaginta talenta. Julius Cæsar capta Africa viginti myriades medimnorum Plebi alendæ Romam intulit: sunt duodecies centena millia modium. Modius pendebat supra viginti libras, plus minus viginti quinque. Refert P. Victor, Augustum ex Ægy-

Ægypto annua ducenties centena millia modium advexisse. Duplum ex Africa advehebatur, ut refert Josephus. Non assentior Lipsio, qui summam minuendam putat. Licet enim ea summa Populo non distribueretur; tamen curandum erat, ne & reliqua multitudo fame premeretur, & frumento indigeret. Severus reliquit canonem frumentarium septem annorum, ita ut quotidiana septuagena quina millia modium expendi possent. Hoc in septem annos ali commode poterant sexcenta millia hominum. Justiniano nostro imperante ex Ægypto Constantinopolin advehebantur octogies centena millia modiorum. *Edict. Justin.* 13. *cap.* 8. Tanta autem erat hujus frumentationis cura, ut Augustus tridui frumento in horreis viso, statuerit veneno mori, si e Provinciis interea classes non venissent. Consule *l. un. C. de Nili agger. l.* 1. *&* 2. *C. de nav. non excus. l. un. C. ne quid on. publ. l. provideatur* 28. *C. Theod. de navic. l.* 4. 8. *&* 9. *C. eod.*

C A P U T XIV.

AD L. QUOD PUPILLUS

ff. de cond. ind. & l. pupillus ff. de oblig.

SUMMARIUM.

I. Pupillaris ætas in tres distincta.
II. Pupillus pubertati proximus naturaliter obligatur. & n. 4.
III. Etiam hic quoad aliquos actus nullum animi judicium habere dicitur.
V. VI. Naturalis obligationis effectus.
VII. Quos effectus pariat in personam pupilli.
VIII. Novatio facta a pupillo, quando valeat. & n. 9.
X. Obligatio naturalis pupilli in aliorum persona omnes parit effectus.
XI. Explicantur l. pupillus ff. de obl. & act. l. quod pupillus ff. de cond. indeb.
XII. Novatio a pupillo facta valet in persona debitoris, & creditoris, secus in persona pupilli.
XIII. Quæ non habent effectum, nulla dicuntur in Jure nostro.
XIV. Impedimentum extrinsecum tollit effectum, non destruit substantiam.
XV. Quando pupillus solvens repetere non possit.

Pupillus aut est infans, aut infantiæ proximus: in tres enim partes dividitur ætas pupillaris. Infans est minor septem annis *l. si infanti C. de jur. delib. l.* 1. *§. sufficit ff. de admin. tut.* Infantiæ proximus a proximo pubertate distinguitur non tam ætate, quam ingenio, calliditate, malitia. Certissimo argumento esse potest, quod Veteres in his distinguendis numquam ætatis, semper intellectus, & malitiæ meminerunt, & pupillos, non infantes, alios habere intellectum dixerunt, alios non habere: item aut esse doli ac delicti capaces, aut non esse *l. pupillum* 111. *ff. de Reg. Jur. §. sed quod diximus Instit. tit. de inutil. stip. l. excipiuntur ff. ad S. C. Silan. l.* 1. *§. an in pupillum ff. depos.* Quoniam vero ingenii vis in aliis citius, in aliis serius perficitur: idcirco a Veteribus nulla certa ætas est definita. Quamobrem existimaverim verosimillimam esse sententiam eorum, qui putant id totum arbitrio Judicis committendum *l.* 1. *§. ult. ff. de jur. delib.* 1

2 Pupillus pubertati proximus cum intelligat id, quod agit, sit doli capax, ex delicto obligetur, ut constat ex modo laudatis legibus, utique & ex conventione sua poterit obligari sine tutoris auctoritate, non quidem civiliter *l. obligari* 9. *ff. de auctor. tut. princ. tit. Instit. eod.* nisi quatenus factus fuerit locupletior *l.* 1. *in princ. l.* 5. *in princ. ff. de auctor. tut. l.* 1. *§. an in pupillum ff. depos. l.* 3. *§. pupillus. l. si pupilli* 6. *in princ. l. Nesennius* 34. *ff. de negot. gest.* sed naturaliter. Naturalis enim obligatio æquitatis vinculo sustinetur *l. Stichum* 95. *§. naturalis ff. de solut.* æquitas autem naturalis pacta servari suadet *l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de const. pecun.* Hujusmodi pupillus & intelligit id, quod agit, & id agit, ut obligetur: natura igitur æquum est, eum obligari: nec Jus Civile tollit naturales obligatio-

nes

nes *l. eas obligationes* 8. *in fin. ff. de cap. min. l. ubi pugnantia* 188. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* §. *sed naturalia Inst. tit. de Jure Nat.*

Porro sunt quidam actus, qui non solum intellectum, sed stabilis & constantis judicii maturitatem requirunt. Quoad hos actus etiam pupillus proximus pu-
3 bertati nullum judicium habere dicitur, quia ejusmodi judicium non habet, cujusmodi requiritur in his actibus celebrandis: ut cum agitur de condendo testamentum §. 1. *Instit. tit. quib. non est permiss. fac. test.* de judicando *l. cum Praetor* §. *non autem ff. de judic.* de deferendo reos falsam monetam eudentes *l. 1. C. de fals. monet.* de sustinenda persona procuratoris §. *justae Inst. tit. quib. ex caus. man. non lic. l. si collectaneum* 13. *ff. de manum. vind.*

Caret igitur pupillus etiam pubertati proximus eo judicio, quod desideratur ad
4 celebrandos hos actus: non caret ea intelligentia, quae requiritur, ut intelligat id, quod agit in contrahendo, vel in delinquendo, & quae desideratur, ut naturaliter obligetur. Itaque eum naturaliter obligari constat ex *l. hoc jure* 19. §. *si quis servo ff. de donat. l. ult. in princ. ff. de jurejur. l. cum illud* 25. §. 1. *ff. quan. dies leg. ced. l. si ejus pupilli* 64. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si pupillus* 21. *in princ. ff. ad L. Falcid. l.* 1. *in fin. ff. de novat. l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solut. l. si pupillus* 127. *ff. de V. O. juncta l. fidejussor. in princ. & in* §. *fidejussor ff. de fidejuss.*

Contrarium tamen diserte traditum est in *l. pupillus ff. de oblig. & action. in l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* quae torserunt
5 ingenia omnium Interpretum. Ego verissimam esse puto interpretationem Donelli in *l. si pupillus* 127. *ff. de V. O.* quam confirmare conabor, eademque opera vim naturalis obligationis a pupillo contractae luculentius, quam hactenus alii praestiterint, explicare.

Vis naturalis obligationis spectatur in effectis, quae non repugnante, imo permittente & approbante Jure Civili, ab ea promanant. Effectus naturalis obligationis sunt partim per accessionem, partim principales. Per accessionem, veluti 6
quod ei obligationi potest accedere fidejussor *l. stipulatus 6. in fin. l. fidejussor* 16. §. *fidejussor. ff. de fidejuss.* §. 1. *Instit. tit. de fidejuss.* quod potest accedere pignus *l. res hypothecae* 5. *ff. de pignor.* quod naturale debitum potest constitui *l.* 1. §. *debitum ff. de constit. pecun.* quod haec obligatio potest novari *l.* 1. *in princ. ff. de novat.* & quod novatio fit, etiamsi civilis obligatio in naturalem obligationem transfundatur *d. l.* 1. §. 1.

Effectus principales sunt fere duo, compensatio, & retentio. Naturale debitum etiam cum civili potest compensari *l. etiam 6. ff. de compens.* Potest etiam retineri a naturali creditore, si ad eum pervenerit id, quod ipsi naturaliter debebatur. Itaque si ei solutum fuerit, ab eo repeti non potest, nec cogi ad restituendum *l. naturales* 10. *ff. de oblig. & act. l. naturaliter* 13. *l. si poena* 19. *l. si non sortem* §. *libertus ff. de condict. indeb.* Item si creditor succedat debitori, retinere potest quod sibi naturaliter debebatur *l. Stichum* §. *aditio ff. de solut.* Transit enim etiam obligatio naturalis in haeredem, & ab haerede in fideicommissarium *l. quamvis* 40. *in princ. ff. ad S. C. Trebell.* & si debitor solverit haeredi creditoris, haeres hoc quoque tenetur restituere fideicommissario *l. si haeredi* 47. *ff. eod.* Quod si Falcidia detrahenda sit, sicut haeres deducere potest id, quod sibi civiliter debebatur *l. in imponenda C. ad Leg. Falc. l. qui fundum* 87. §. *si quis haeredem ff. eod.* ita deducere potest, ac retinere id, quod naturaliter ei debebatur *d. l. Stichum* §. *aditio*.

Verumtamen non omnium obligationum naturalium eadem vis est. Quantum attinet ad pupilli obligationem, de 7
ea ita habendum. Aut obligatio pupilli consideratur in persona ipsius pupilli, aut in persona aliorum. Quoad personam pupilli, non immerito nulla dicitur, quia contra pupillum nullam vim habet. Quid ita?

ita? quia contracta est sine tutoris auctoritate, sine qua pupillus conditionem suam deteriorem facere non potest, *princ. tit. Instit. de auctor. tut.* hæc certissima Juris Civilis regula vim omnem naturalis obligationis enervat, cum ea exerceri debet contra ipsum pupillum. Itaque si pupillus solvat id, quod debet, sine tutoris auctoritate, repetere potest, *l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* non quia id naturaliter non debeatur, sed quia persona pupilli, ejusque privilegium facit locum repetitioni *l. interdum ff. eod.* Quod si ea obligatio in alium transferatur, veluti in hæredem ipsius pupilli, & hic solverit, repetere non poterit *l. si ejus pupilli in princ. ff. ad S. C. Trebell.* Retentionem quoque, quam non parit hæc obligatio vivente pupillo, parit eo mortuo *l. Stichum §. aditio ff. de solution.* Ergo naturalis obligatio pupilli nullam vim habet adversus pupillum, non quia ipsa sit hebes, & infirma per se & nulla; sed quia impenetrabilis est persona pupilli, & auctoritate Juris Civilis defensa. Atque eadem ratione, nec compensatio admittetur in persona pupilli, nam & ipsa quædam species est retentionis, ipsa quoque pupillo noceret.

Idem fere constitutum est in novatione. Docet nos Justinianus, pupillum sine tutoris auctoritate stipulari posse, promittere autem non posse. *princ. tit. Instit. de auctor. tutor.* In novatione contrarium est constitutum. Fit novatio promittente pupillo: non fit novatio pupillo sti-
8 pulante. Nihil enim nocet pupillo novatio cum promittit; quia ipse naturaliter solum obligatur; quæ obligatio pupillum non lædit, ut diximus. Habet suum effectum hæc obligatio naturalis, per eam enim sustinetur novatio *l. 1. in fin. ff. de novation.* Nocet etiam hæc obligatio: non tamen personæ pupilli, sed personæ creditoris, qui rem amittit: prior enim debitor liberatur, & pupillus, in quem transfunditur obligatio prioris debitoris, est omnino immunis *§. præterea Instit. tit. quib. mod. toll. oblig.* Idem dicendum, si pupillus promittat, ut novet suam obligationem: ipse liberabitur a priori obligatione civili & efficaci, & tenebitur solum obligatione naturali, quæ quoad ejus personam erit inutilis, & nulla *l. 1. in fin. ff. de novat.* Utroque igitur casu valet novatio promittente pupillo: primo, quia novatio pupillo non nocet: secundo, quia prodest. Meliorem autem conditionem suam facere potest pupillus sine tutoris auctoritate *princ. tit. Inst. de auctor. tutor.*

Contra vero si pupillus stipuletur, non fiet novatio. Et hoc est, quod traditur a Paulo in *l. novare 20. §. 1. ff. de novat. Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare; tutor potest, si hoc pupillo expe- 9
diat.* Novat enim qui stipulatur. Is potest novare, cui recte solvitur *l. cui recte ff. de novat.* Pupillo non recte solvitur, & ideo novare non potest. *l. pupillo 15. ff. de solution.* Nocet enim novatio pupillo, quia liberat debitorem ab obligatione, & obligationem a se alienat, quam alienare non potest *d. l. pupillo*, etiamsi ei soluta sit pecunia debita *§. nunc admonendi Instit. tit. quib. alien. lic. vel non.* Quamvis enim loco debitoris liberati alium debitorem accipiat, qui fortasse potest esse magis idoneus, ac propterea possit expedire pupillo novatio *d. l. pupillo*: tamen quatenus liberat priorem debitorem, novatio ei nocet, & ideo est irrita. Est enim hoc damnum certum, utilitas autem incerta, quam expendere pupilli non est. Itaque quod sibi a Titio debetur, non potest pupillus a Cajo stipulari novationis causa, ut Titium dimittat. Sed nec delegare potest debitorem suum creditori *d. l. pupillo*. Quia delegando, cum dimittit, & alienat obligationem. Alium tamen, qui debitor non esset, & pro pupillo promitteret animo donandi, potest delegare, quia hæc delegatio non posset nocere pupillo, nec quicquam alienaret.

Ex his constat, naturalem obligationem

nem pupilli in ejus persona consideratam nullam vim habere. Quod si consideretur in persona aliorum, tunc omnes vires suas exerit, neque enim ipsam infringit personæ conditio. Ideo parit omnes
10 effectus per accessionem, qui ad aliorum personam referri solent. Si pupillus promittat novationis causa, contingit novatio, ut diximus, & prior debitor liberatur *l. 1. in fin. ff. de novat. §. præterea Instit. tit. quib. mod. toll. oblig.* si pro pupillo quis fidejusserit, tenetur fidejussor *l. si pupillus 127. ff. de fidejuss.* Quod de fidejussore traditum est, obtinere in pignore, siquidem non ipse pupillus, sed alius ejus nomine rem suam pignori dederit, ambigendum non est *l. res hypothecæ 5. ff. de pignor. l. etsi is 9. C. de præd. minor.* Item quod de novatione diximus, idem de obligatione constitutæ pecuniæ dicendum est, si quis constituat, se soluturum quod a pupillo debetur *l. 1. §. debitum ff. de constit. pecun.* Effectus quoque principales habet in persona aliorum, siquidem ad eos translata fit obligatio pupilli, ut paulo ante diximus: neque enim tunc quicquam ei obstat, quominus omnem vim suam exerat naturalis obligatio. Semota enim pupilli persona, nihil est ei impedimento, quominus se explicet, & vires omnes effundat.

His probe constitutis, quæ verissima sunt, mirari non debemus, si Veteres considerantes hanc obligationem quoad personam pupilli, statuerunt, eam nullam es-
11 se, pupillum nec natura debere, nec Naturali Jure obligatum esse, *l. pupillus ff. de oblig. & action. l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* Quid enim debet pupillus, aut quorsum est obligatus, si adversus illum nullam vim habet obligatio? Obligationum substantia in eo consistit, ut nos obstringat ad dandum, vel faciendum *l. obligationum substantia ff. de oblig. & action.* Majori necessitate nos obstringit obligatio civilis, minori naturalis. Utraque tamen vinculum est *l. Stichum 95. §. aditio ff. de solution. princ. tit. Instit. de obligat.* Atqui in persona pupilli nullum est ejusmodi vinculum, quod habeat ullam vim ejus adstringendi, aut habeat ullum effectum: vim enim omnem retundit Jus Civile, & omnem effectum tollit.

Hinc recte Justinianus noster in *§. præterea Instit. tit. quib. mod. toll. oblig. Si id* 12
quod tu Titio debes, a pupillo stipulatum fuerit sine tutoris auctoritate, res amittitur, nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Videtur hoc plane absurdum. Si posterior obligatio nulla est, non potest liberari prior debitor: non potest enim tolli prior obligatio nisi nova nascatur *d. §. præterea, & l. 1. in princ. ff. de novation.* Nec potest dici nulla obligatio, per quam fit novatio, per quam contingit liberatio debitoris, præsertim quia non alia de causa fuit instituta: habet igitur effectum, quem voluerunt contrahentes, qui novandi animo contraxerunt. Videtur igitur pugnantia loqui Imperator noster. Estne hoc ita? minime vero. Eadem ratione qua J. C. in *l. pupillus ff. de oblig. & action. & in l. quod pupillus ff. de condict. ind.* dixerunt pupillum nec natura debere, nec naturaliter obligari, dixit & Imperator pupilli nullam esse obligationem. Nimirum quando consideravit personam creditoris, qui rem amittit, personam debitoris, qui liberatur, agnovit vim naturalis obligationis: sed quando consideravit personam pupilli, dixit, nullam esse obligationem; cum enim ea vim suam exercere non possit adversus pupillum, creditor rem amittit, a pupillo nihil sperare potest.

Neque novum est, obligationem nullam dici, considerato impedimento, quod ipsi resistit, licet per se ipsa subsistat, & natura sua sit efficax. Obligatio mere civilis dicitur efficax in *§. præterea Instit.* 13
tit. de exception. eadem dicitur nulla in *l. si dari 25. ff. de V. O.* Nimirum Imperator in *d. §. præterea* consideravit actionem, quam parit hæc obligatio. Pom-

ponius contra in *l. si dari* consideravit exceptionem, qua eliditur, & infringitur actio. Obligatio in diem statim nascitur, & in diem differtur solutio *l. centesimis 46. ff. de V. O. §. omnis Inst. eod. l. cedere diem ff. de V. S.* dicitur tamen nasci ex die *l. obligationum fere §. 1. ff. de oblig. & act.* & non dicitur deberi statim, sed post diem, & futura dicitur obligatio *l. cum qui Calendis §. 1. l. si stipulatus 76. §. 1. ff. de V. O. l. 1. §. 1. l. si in annos ff. de cond. & demonst.* Quid ita? quia licet statim debeatur, statim nata sit obligatio; tamen impeditur effectus exactionis *l. nihil peti ff. de Reg. Jur. l. centesimis ff. de V. O.* Est & cognatio servilis, quæ in nuptiis consideratur *§. illud certum, Instit. tit. de nupt. princ. tit. Inst. de servil. cognat.* quia tamen nullus est ejus effectus in servitute, ideo nulla cognatio in servis esse dicitur *l. 1. §. 2. ff. unde cogn. l. ult. §. non parcimus ff. de gradib. & affin.*

Illud tamen doctis quibusdam Viris absurdum videtur, quod obligatio naturalis consistat in persona pupilli, eaque sit sine effectu, cum posita causa effectus necessario consequatur, eoque deficiente ipsa quoque causa deficiat.

Sed nullius momenti est hujusmodi argumentum: hæc enim vera sunt solummodo, cum effectus deficit propter impedimentum, ac vitium intrinsecum causæ: videlicet cum causa ipsa per se non est idonea ad producendum effectum. Ceterum cum causa non producit effectum propter impedimentum extrinsecus obveniens, potest esse causa sine effectu. Ho-
14 mo dormiens, homo delirus, aut furiosus, non eo minus est animal rationale, quod in eo ratio sit sine effectu. Gladius non eo minus est acutus, & per se aptus ad feriendum, quod vagina sit inclusus. Remove vaginam, & experire. Si novaculam impingas adamanti, non cædet; hoc fit adamantis duritie, non novaculæ hebetudine. Remove personam pupilli, quæ retundit aciem naturalis obligationis, & non erit sine effectu. Persona pupilli refringit vires obligationis *l. interdum ff. de condict. indeb.* non imbecillitas obligationis. Itaque vires suas exerit contra alios, non contra pupillum. Pupilli non possunt de rebus suis disponere, neque eas alienando *l. pupillus 11. ff. de acquir. rer. dom. l. obligari 9. §. pupillus ff. de auctor. tutor.* neque de illis testando *§. præterea Instit. tit. quib. non est perm. fac. testam.* Num idcirco domini non sunt? falsum *§. nunc admonendi Instit. tit. quib. alien. lic.* Libertas est facultas faciendi quod libet *§. & libertas Instit. tit. de jure person. l. 4. ff. de statu homin.* Capti a latronibus non possunt facere quod libet, & tamen liberi sunt *l. hostes ff. de capt. & postlim.* Nimirum non deest facultas naturalis, sed vi externa impeditur. Obligationum præcipuus effectus est, ut pariant actionem *l. licet §. ea obligatio ff. de procur. l. actionum ff. de oblig. & act.* qua debitor adstringatur, & cogatur ad dandum *l. obligationum substantia ff. de oblig. & action.* Stipulatio in diem statim parit obligationem *l. cedere diem ff. de V. S. l. centesimis ff. de V. O. §. omnis Instit. eod.* & tamen ante diem nihil peti, nihil exigi potest. *l. nihil peti 186. ff. de Reg. Jur. l. certi 9. ff. de reb. credit.* Non deficit obligatio, sed adjectio diei impedit, ac differt ejus effectum *d. §. omnis Instit. tit. de V. O.* Obligatio, cui obstat exceptio aliqua perpetua, est vera obligatio, & producit actionem; sed tamen neque ex ea obligatione promanat effectus, qui ex aliis obligationibus solet provenire obstante exceptione *§. 1. Instit. tit. de except.*

Illud quoque falsum est, esse sine effectu naturalem obligationem pupilli, cum vires suas exerceat tum in accessionibus, tum adversus eos, in quos translata fuit obligatio, ut paulo ante demonstravimus. Imo & adversus ipsum pupillum, quoties non repugnat regula illa, qua statuitur, pupillum sine tutoris auctoritate conditionem suam non posse facere deterio-

riorem. Itaque si pupillus cum auctoritate tutoris promittat id, quod naturaliter debebat, obligabitur, neque enim
15 hæc promissio erit donatio, sed debiti solutio *l. hoc jure §. si quis servo ff. de donat.* Unde intelligimus, quod etsi tutore auctore solverit, quod naturaliter debebat, non poterit repetere, cum sit debiti solutio *d. l. hoc jure*. Itemque si pubes factus solverit, non repetet; agnovit enim naturalem obligationem, postquam persona ejus amplius non facit locum repetitioni, argum. text. *in l. item si §. penult. & ult. ff. ad S. C. Maced. l. 2. C. eod.*
16 *l. 2. C. de fideicom.* Et de hoc pupillo arbitro intelligenda Jurisconsultorum responsa in *l. si ejus pupilli 64. in princ. ff. ad S. C. Trebell.* ubi agitur de pupillo pubere facto, cum testamentum condiderit: add. *§. præterea Instit. tit. quib. non est permiss. fac. test.* De eodem agi puto in *l. si pupillus 21. in princ. ff. ad Leg. Falcid.* cum ibi legati repudiati mentio fiat, ac proinde vel supponatur pupillus pubes factus, vel adhibita tutoris auctoritas.

CAPUT XV.

AD §. PRÆTEREA INSTIT.

tit. quib. mod. toll. oblig.

SUMMARIUM.

I. Expromissor unde dictus, & quis sit?
II. Quando quis expromittere dicatur.
III. Expromittente pupillo fit novatio.
IV. V. Nec restituitur actio adversus veterem debitorem.
VI. Expromittente muliere actio restituitur: & quare? n. 14. & 18.
VII. Actio omnino restituenda, quando quis facti ignoratione decipitur.
VIII. IX. Expromittente minore actio restituitur: & quare? n. 22.
X. Quando actio restituitur plura exempla proponuntur usque ad n. 14.
XIV. Beneficia sine cujusquam injuria sunt concedenda.
XV. Hereditas non adita non transmittitur. Fallit in casu S. C. Silaniani.
XVI. Muliere impubere expromittente actio non restituitur.
XVII. Restitutio in integrum ita conceditur, ut quam minimum fieri possit alter lædatur.
XIX. In contractibus non excusat ignorantia facti.
XX. In contractu pupilli locum non habet regula correlativorum.
XXIII. Datur restitutio etiam adversus naturalem obligationem.
XXIV. Contrarium probatur.
XXV. Alienum factum nobis nocere non debet.
XXVI. Cessat beneficium divisionis, si alter fidejussor solvendo non sit.

NOvare, & novationem dixere Veteres Jurisconsulti: novatorem non dixerunt, quamvis hoc nomen Latinum sit, & maxime accommodatum ad explicandum eum, qui novat obligationem. Hic enim aliam ex alia obligationem facit. *l. 4. §. ait Prætor ff. de re judic.* Ac propterea novatoris nomen ei maxime convenit. Ovid. in Metamorphos.

—— Rerumque novatrix
Ex aliis alias reddit natura figuras.

Nostris tamen Jurisconsultis magis placuit nomen expromissoris, quam novatoris, fortasse quia hoc multo latius patet, quam illud. Hoc nomen explicabimus paulo accuratius, quam a Nostris 1
factum sit, cum plerique vim ejus nominis non sint assecuti.

Expromissor dicitur is, qui pro alio promisit ea conditione, ut ab eo mox liberaretur, in *l. & eleganter 7. §. servus ff. de dol. mal.* Et recte quidem meo judicio. Apud Historiæ Augustæ Scriptores, *ex Consulibus* dicitur, qui Consul fuit: *ex Ducibus*, qui fuit dux: *ex Tribunis*, qui fuit Tribunus: *ex Præfecto Urbi*, qui fuit Præfectus Urbi. Apud veterem Juvenalis Interpretem *ex gladiatore* dicitur, qui gladiator fuit. Ab Arnobio castrati dicuntur *ex maribus*: quasi mares fuerint, jam non sint. Hujusmodi autem nomina passim occurrunt in Codice Theodosiano: & in Cod. Justinianeo invenimus *ex Quæstore*, *ex Consule*,

ex *Præfecto Prætorio* §. 1. *de nov. Cod. fac.* & §. *ad istum de Justin. Cod. confir.* Quemadmodum autem Veteres ex duobus verbis *pro Consule*, & *pro Prætore*, & similibus, unam vocem composuerunt, dixeruntque *Proconsulem*, & *Proprætorem*: sic illi ex duabus vocibus unam fecerunt, ac dixerunt *Exconsulem*, *Exquæstorem*, *Excubicularium*, Isidor. *lib. 9. Etym. cap.* 3. Justin. *in præfat. Cod. l. maximarum* 12. *C. de excus. mun. lib.* 10. Sic ex *promissore* factum est expromissor: isque ille est, qui promisit, & fuit obligatus *d. l.* & *eleganter* §. *servus ff. de dol. mal.* Quoniam vero aliquando expromittere significat idem ac promittere, ut in *l. si noxali* §. 1. *ff. de pecul. l. cum dotis* 55. *ff. de jure dot.* vel potius quia, qui novat alicujus obligationem, succedit in locum ejus; idcirco expromissor dici cœpit etiam is, qui novat aut suam, aut alienam obligationem, & expromitti dicitur, quoties promittitur id, quod antea debebatur, quare hoc verbum ad novationem pertinet *l. ult. ff. de S. C. Macedon.*

Itaque si quis, cum antea civiliter non teneretur, idem postea creditori suo promittat per stipulationem, expromittere dicitur *l. ult. ff. de S. C. Macedon. l. hoc jure* 19. §. *si quis servo ff. de donat.* Item si mutetur persona creditoris, & qui Titio debebat, Cajo promittat a cre-
2 ditore suo delegatus, dicitur expromittere *l. debitor* 36. *ff. de jur. dot. l. si mandatum* 45. §. *sed si mandavero ff. mandat. l. mortis* 31. §. *si jusseris ff. de mort. caus. donat.* Denique, & mutata persona debitoris expromissor is dicitur, qui promittit id, quod ab alio debetur, ejusque in se transfert obligationem *l. si noxali* §. 1. *ff. de pecul. l. quod servus* 56. *ff. eod. l.* 4. §. *ait Prætor ff. de re judic. l. quod si non solvere* 10. *ff. de pignor. action. l. si quis* 4. *ff. de cond. caus. dat. l. quamvis* 8. §. *si convenerit ff. ad S. C. Vellejan. l.* & *eleganter* §. *servus ff. de dol. mal. l. qui libertinus* 37. §. *ult. ff. de operis libert.* Expromittere autem dicuntur etiam servus, & mulier, licet expromittendo non obligentur *l. si noxali* §. 1. *l. quod servus* 56. *ff. de pecul. l. quamvis* §. *si convenerit ff. ad S. C. Vellejan.*

Ad rem nostram veniamus. Si pro aliquo debitore pupillus expromittat sine tutoris auctoritate, liberat eum debitorem §. *præterea Inst. tit. quib. mod. toll. oblig.* Licet enim pupillus sine tutoris auctoritate non obligetur civiliter; obligatur tamen naturaliter *l. si pupillus* 21. *in princ. ff. ad Leg. Falcid. l. si ejus* 64. *in princ. ff. ad S. C. Trebellian. l. cum illud* 25. *ff. quando dies leg. ced. l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solut. l. ult. in princ. vers. nam si ff. de jurejur. l. si pupillus* 127. *ff. de verb. obligat. l. hoc jure* 19. §. *servus ff. de donat.* Naturalis autem obligatio sufficit, ut novetur præcedens obligatio *l.* 1. §. 1. *de novat.* Dubitari tamen potest, an credi- 3
tori ex æquitate restituenda sit actio adversus veterem debitorem a pupillo expromittente liberatum. Etenim si ei non restituitur actio, nihil amplius consequi poterit, non a vetere debitore, quia liberatus est: non a pupillo, quia civiliter non est obligatus. Quæritur autem, an in hac causa restituenda sit actio amissa, quia plerisque in causis ea restituitur, ut infra demonstrabimus: & actio, quæ restituitur, vocatur *actio restitutoria l. quamvis* 8. §. *Marcellus* & §. *si mulieri* & §. *plane l. aliquando* §. *ult. ff. ad S.C. Vellejan. l.* 8. *C. eod. l.* 3. §. 1. *ff. de eo per quem fact. erit.* Hæc eadem vocatur *actio rescissoria* in *l. si paternam* 8. & *in l. si mulier* 16. *C. ad S. C. Vellejan.* quia rescissa intercessione, ac novatione, restituitur actio adversus veterem debitorem *l. ult. in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* quemadmodum rescissoria vocatur actio illa, qua rescissa usucapione, vel alia liberatione, res nostras recuperamus *l. ab hostibus* 18. *C. de postlim. reverf. l. necnon* §. *pen.* & *ult. ff. ex quib. caus. major.* §. *rursus ex diverso. Instit. tit. de action.*

Hac autem de re gratias habere oportet

tet Imperatori nostro Justiniano, qui in *d.* §. nos docuit, actionem non esse restituendam. Ait enim in *d.* §. *praeterea*: *Interdum licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur: veluti si id, quod tu Titio debes, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatum fuerit: quo casu res amittitur, nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est*. Res amittitur expromittente pupillo: non amitteretur autem, si creditor posset actionem recuperare: ei enim
4 integra causa pristina restitueretur *l. si mulier contra* 14. & *l. quidam* 29. *ff. ad S. C. Vellejan.* & posset convenire debitorem suum, perinde ac si novatio facta non fuisset *l. si paternam* 8. *C. eod.* Is, cui a Praetore succurritur, rem non amittit, sed amissurus esset, nisi succurreretur *l. in omnibus praetoriis* 5. *ff. de praet. stipulat.* & amitti, aut perire res dicitur, quando omnino redditur inutilis obligatio, & actio, vel ipso Jure, vel ope exceptionis *l. si debitor* 91. *ff. de solut.* quando autem quis habiturus est actionem, aut exceptionem, res servari dicitur, non amitti *l.* 2. §. *si Titius ff. de haered. vel action. vend. l.* & *haec distinctio* §. *cum fundum ff. locat. l. cum vir.* 10. *ff. de except. dol. mal.* nam qui actionem habet ad rem recupe-
5 randam, rem ipsam habere videtur *l. id apud* 143. *ff. de Verb. Sign. l. qui* 15. *ff. de Reg. Jur.*

Nec obstat text. in *l. Divus in princ. ff. de rest. in int.* ubi rem amisisse dicitur ille, qui in integrum restituendus est. Nam ibi *res* significat litem, quemadmodum & in *l. sine Judice* §. *Marcellus ff. rem rat. hab.* Nec quicquam impedit, quominus litem amisisse dicatur, qui petere potest restitutionem in integrum.

Sit igitur hoc constitutum, expromittente pupillo sine tutoris auctoritate non solum liberari directa actione debitorem, sed etiam rem amitti, nec esse restituendam actionem creditori. Multis tamen & legibus, & argumentis contrarium probari posset, de quibus est a nobis accurate disserendum.

Primum satis constat, quod expromittente muliere restituitur actio adversus veterem debitorem, quia mulier Vellejano Senatusconsulto adjuvatur *l. si mulier* 16. *C. ad S. C. Vellejan. l.* 1. §. *ult. l. quamvis* §. *quoties, cum mult. seqq. l. aliquando* §. *ult. l. si mulier* 14. *l. si pro uno* 20. *l. debitrix* 24. §. 2. & 3. *l. quidam* 29. *ff. ad* 6
S. C. Vellejan. Imo si ille, pro quo mulier se obligavit, non sit obligatus, quia mulier ipsa loco ejus contraxerit: nihilominus adversus eum datur actio, tamquam si ipse contraxisset *l. quamvis* 8. §. *si cum essem ff. eod.* Ergo actio restitui debet etiam expromittente pupillo.

Imo multo magis restitui debet, cum pupillus expromittit, quam cum expromittit mulier. Etenim quando quis deceptus est ignoratione facti, & actionem amisit, redditur ei actio amissa: non redditur autem, quando sciens id fecit, quo actionem amitteret *l. haeredem* 17. *ff. de his, quae ut indign.* Qui autem accipit mu- 7
lierem expromissorem, non potest facti ignorationem praetendere *l. quamquam* 7. *ff. ad S. C. Vellejan.* At qui accipit pupillum, potest ignoratione facti decipi propter incertum aetatis, ut constat ex toto *tit. C. si minor se major. dixer.* Et ad rem nostram pertinet *l. si Titius & Seja* 48. *ff. de fidejuss.* ubi si quis fidejusserit simul cum muliere, non habet beneficium divisionis, quia scire potuit, aut ignorare non debuit, mulierem frustra intercedere. Contra vero si quis fidejusserit simul cum minore, habet beneficium divisionis propter incertum aetatis. Igitur cum excusetur ille, qui erravit in aetate minoris, aut pupilli: non autem excusetur, qui erravit in sexu mulieris: aequius est, ut restituatur actio ei, qui accepit pupillum expromissorem, quam ei, qui accepit mulierem *d. l. haeredem*. Et confirmatur exemplo filii-familias. Si quis mutuam pecuniam crediderit ei, quem

quem patremfam. putabat non vana simplicitate deceptus, pecuniam non amittit, & cessat Senatuscons. Macedonianum. *l. 3. in princ. ff. ad S. C. Maced.* At vero adversus mulierem hanc facti ignorationem prætendere non possumus *l. quamquam 7. ff. ad S. C. Vellejan.* In pupillo autem eadem videtur esse ratio, ac in filiosfamilias.

Secundo, pupilli, & minores semper in Jure nostro comparantur: sed expromittente minore restituitur actio adversus veterem debitorem *l. un. §. 1. C. de*
8 *reputat. quæ fiunt in jud. restit. in int. l. ult. ff. de minor. l. alterius ff. de tutel. & ration. distrab.* Ergo & expromittente pupillo.

Tertio, confirmatur ex *l. si Titius, & Seja 48. in fin. ff. de fidejuss.* ubi si quis minorem dolo adduxerit ad expromittendum, frustra desiderat, ut sibi actio restituatur adversus veterem debitorem a minore liberatum. Ergo a contrario, si
9 creditor minorem non circumvenerit, recte petet, actionem sibi restitui: est autem hoc argumentum fortissimum *l. 1. in princ. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* Idem autem quod de minore dicitur, de pupillo dicendum videtur.

Quarto, considerenda est *l. ex hoc 3. §.*
10 *plane ff. de eo, per quem fact. erit.* Quidam prohibuit, ne in judicio sisteret reus, interim reus elapso tempore liberatus est actione illa, qua conveniri poterat. Tenetur is, qui vetuit, ne in judicio sisteret reus: verumtamen si hic solvendo non sit, æquum est, restitui actionem adversus veterem debitorem liberatum. Ergo multo magis restituenda est, quando debitor liberatur a pupillo, qui nec tenetur, nec potest conveniri. Ille potest sperare, cum ad pinguiorem fortunam perventurum: potest, si non totam summam, saltem aliquam partem ab eo exprimere, atque emungere. Huic nulla spes est reliqua, cum pupillus conveniri non possit. *Quædam nomina bona, lentus, ac sapiens creditor fecit, qui sustinuit, ac mora fovit*: ut ait Senec. *de benefic. lib. 7. cap. 29.* At hic bonum nomen facere non potest, cum pupillus non sit obligatus.

Quinto, si servus noxæ dedatur ei, cui damnum dedit, cum a domino absente non defendatur, & reversus dominus petat, ut sibi servus restituatur; re- 11
stituitur etiam actio creditori adversus ipsum dominum *l. 2. in fin. ff. si ex noxal. caus. agat.* Ergo creditor non debet privari emolumento, & eo, quod sibi debebatur; & si privetur, ei actio pristina restituenda est.

Sexto, si duo pro eodem fidejusserint, alter pure, alter sub conditione: & qui pure acceptus est, pro virili condemnatus fuerit; restituenda est adversus eum actio, si alter non sit solvendo eo tempore, quo conditio existit. *l. si plures 27. ff. de fi-* 12
dejussor. Igitur restituitur actio creditori adversus veterem debitorem, quoties ille liberatus est facto ejus, qui solvendo non est. Ergo multo magis restituenda est, si liberatus sit facto ejus, qui se non potest obligare.

Denique, si minor acceperit expromissorem inopem, restituitur ei actio adversus veterem debitorem *l. patri §. ex hoc ff. de minor.* Ergo multo magis restituen- 13
da est, quando expromissor est pupillus, qui non obligatur.

Ne quem turbent hæc argumenta, singula refutabimus. Ad primum respondeo, non eamdem esse causam mulieris, & pupilli. Mulier natura sua se potest obligare, & ex omnibus aliis causis obligatur, quia & habet animi judicium, & rerum suarum administrationem. Verum Senatusconsultum Vellejanum, ut auxiliaretur infirmitati, atque imbecillitati mulierum, novum hoc ipsis beneficium indulsit, quo factum est, ut fœminæ ex sua intercessione non teneantur. Æquum autem Prætori visum fuit succurrere etiam creditori, qui facto mulieris actionem amisit, eam ipsi restituendo *l. 1. in fin. ff. ad S. C. Vell.* Et meri-

to:

14 to: beneficia enim sine cujusquam injuria, damnove sunt concedenda *l. nec avus C. de emancip. l. 2. §. merito ff. ne quid in loc. public. l. impuberi ff. de administ. tut. l. sciendum ff. ex quibus caus. major. l. quoties 2. & l. rescripta 7. C. de precib. Imperat. offer. l. 2. §. si quis a Principe ff. ne quid in loco publ. l. si quis sepulcrum in princ. ff. de religios. & sumpt. fun.* Et ne puoillis quidem nova beneficia cum alterius injuria sunt impertienda *l. sed cum ab hærede ff. ad S. C. Trebellian.* Quod mulieres non teneantur intercessione, id obtinuerunt, non quia non sint idoneæ ad contrahendam obligationem, sed beneficio Senatusconsulti: sic appellatur in *l. debitrix §. si Senatusconsulti ff. ad S. C. Vellejan.* in *l. quamvis 9.* in *l. si adversarius 10.* in *l. si dotare 12. C. eod.* seu ejusdem Senatusconsulti auxilio; ut vocatur in *l. si mulier 26. ff. ad S. C. Vellejan.* in *l. Senatusconsultum*, in *l. si sine*, in *l. si mater*, in *l. si sciens*, in *l. si uxor C. eod.* Igitur, quantum fieri poterat, hoc beneficium, & auxilium sine injuria creditoris concedendum fuit. Cessat in pupillis hæc regula. Illi enim nullo beneficio, nullo auxilio indigent, ut expromittendo non obligentur, quia nulla ex causa obligantur sine tutoris auctoritate *l. obligari ff. de oblig. & action. princ. tit. Inst. de auct. tut.* Non obligantur autem, quia non sunt idonei ad contrahendam obligationem, cum nec habeant animi judicium *l. pupillus 189. ff. de Reg. Jur. §. præterea Inst. tit. quib. non est permiss. fac. test.* nec ipsis concessa sit rerum suarum administratio *§. 2. Inst. tit. quib. alien. lic.* & tutores domini loco habeantur in rebus pupilli *l. qui fundum 7. §. si tutor ff. pro empt. l. interdum 56. §. qui tutelam 4. ff. de furt.*

Exemplis rem explico. Non transmittitur ad successores hæreditas, nisi adita 15 sit *l. un. §. in novissimo C. de caduc. tollend.* Vetuit Senatusconsultum Silanianum adire hæreditatem ejus, qui occisus est, antequam quæstio de familia habeatur; sed tamen hoc sine injuria hæredis statuendum fuit: itaque si interea moriatur hæres, transmittit actiones utiles ad suos successores: sed ita tamen, si hoc solo impedimento terreatur, ne adeat: si alia de causa non adierit, aut aliud impedimentum obstiterit, non prodest Senatusconsultum *l. 3. §. non tantum cum seq. & §. ult. ff. ad S. C. Silanian.* Hinc intelligimus, non solum, cur expromittente pupillo non sit actio restituenda: sed etiam, quod si fœmina impubes expromiserit sine tutoris auctoritate, actio restituenda non erit. Neque enim credito- 16
ri proderit sexus expromittentis, cum obstet aliud impedimentum ætatis *d. l. 3. §. ult. ff. ad S. C. Silanian.*

Aliud exemplum sit in minoribus. Minores si curatorem non habeant, aut si habeant, cum ejus consensu recte contrahunt. Prætor tamen, si sua facilitate læsi, captive fuerint, concedit ipsis restitutionem in integrum, & quidem eadem de causa, qua Senatusconsultum fœminis succurrit *l. 1. ff. de minor. l. 5. in fin. C. de in integr. restit. l. ait Prætor §. non solum ff. de minor.* Ita tamen eam 17
concedit, ut quam minimum lædatur, qui cum minore contraxit, & ideo omnia redigit ad pristinum statum *l. quod si minor §. restitutio ff. de minor. l. 1. §. plane ff. de collat. l. 1. & 2. C. si advers. transact.* & expromittente minore restituit actionem adversus veterem debitorem *l. un. §. 1. C. de reput. l. ult. ff. de minor. l. alterius ff. de tutel. & rationibus distrahendis.* Est enim hoc auxilium extraordinarium *l. in causæ 16. ff. de minor.* & beneficium *l. Præses ff. eod. l. un. C. si advers. rem judic. l. ult. C. si minor se major. dixer. l. 1. C. de filios. minor.* & ideo sine cujusquam injuria concedendum est, ut diximus: idemque servandum in muliere.

Præterea additur his alia ratio. Senatusconsultum Vellejanum factum est, ut subveniretur mulieribus deceptis, & prospiceretur ne in posterum deciperentur *l. 2. §. verba & §. seq. ff. ad S. C. Vellejan. l. si*

sine

fine 5. *C. eod.* At vero cum mulier expromittit, magis decipitur a debitore, qui eam adducit ad expromittendum, quam a creditore, qui eam accipit expromissorem: atque ideo veniam non meretur debitor, nec ei prodesse debet Senatusconsultum, cum fecerit id, quod ne
18 ficeret, cavit Senatusconsultum. Et hoc est, quod traditur in *l.* 1. *in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* Etenim si nec ipsa mulier ullum commodum sentit ex Senatusconsul. cum decipiendi animo intercedit *l.* 2. §. *sed ita*, *l. si decipiendi in princ. ff. ad S. C. Vellejan. l. si fine C. eod.* quanto minus debet sentire commodum ex intercessione, qui mulierem ipsam decepit, quod fieri vetat Senatusconsultum. Quod autem debitor ipse mulierem deceperit, ideo præsumitur, quia ad ipsum pervenit emolumentum, cum liberetur ab obligatione. Notus est ille communis Oratorum locus, eum præsumi deliquisse, qui ex delicto commodum sentit. Notum & illud Cassianum, *cui bono fuisset.* Non ita se res habet in pupillis. Etenim pupilli contrahere prohibentur, non ad evitandas fraudes contrahentium, sed quia non sunt idonei ad contrahendam obligationem, seque nulla ex causa possunt obligare sine tutoris auctoritate, etiamsi damnum ex contractu non patiantur.

Ad ea autem, quæ adjungebantur confirmandi argumenti causa, respondetur, quod veniam meretur, nec puniri debet ignorantia facti *l. genero* 8. *ff. de his, qui not. inf. l. ult. ff. de decret. ab ord. fac.* & ideo in *d. l. hæredem* 17. *ff. de his quæ ut indi-*
19 *gn.* actio restituitur. At in casu nostro, in quo agimus de contractu, non facile excusatur ignorantia, quia nemo ignarus esse debet conditionis ejus, cum quo contrahit *l. qui cum alio* 19. *ff. de Reg. Jur.* Et qui cum pupillo contrahit, sibi imputare debet, nec excusatur, adeo ut ipse obligetur, licet pupillus vicissim non obligetur *princ. tit. Instit. de auct. tut. l. si id quod* 7. §. 1. *ff. de resc. vend. l. Julianus* 13. §. *si quis a pupillo* 29. *ff. de action. empt.* Nec observatur illa regula pervul- 20
gata: quod in uno ex correlativis obtinet, id etiam in altero obtinere debere *l. ult. ff. de acceptil. l. eum emptor* 5. *in princ. ff. de rescind. vendit.*

Ad text. in *l. si Titius, & Seja ff. de fidejuss.* dico, multa ibi concurrere, 21
quo fidejussor excusetur, qui simul cum minore fidejussit. Primum ibi fidejussor non contrahit cum minore, itaque non debet ei imputari, si non exploravit ejus conditionem, & ætatem. Præterea non solum excusatur propter incertum ætatis, sed etiam propter incertum restitutionis; ibi: *propter incertum ætatis, & restitutionis.* Item ibi agitur de minore, non de pupillo. Facilius cognoscitur pupillus, quam minor: pupillus enim tutorem habere debet §. *impuberes Instit. tit. de Atil. tutor.* minor autem potest non habere curatorem, cum invitis curator non detur. §. *item inviti Instit. tit. de curator. l. si impuberi* 13. §. *ult. ff. de tut. & curat. l. mutus* 43. §. *is qui* 3. *ff. de procurat. l. matris* 6. *C. qui pet. tut. l.* 3. *in fin. C. de in integr. restitut.* Potest minor se majorem fingere, & adversarium decipere *l.* 1. *& seqq. C. si min. se major. dixer.* pupillus non potest se majorem fingere: nemo enim tam bardus est, qui non dignoscat impuberem a majori viginti quinque annis. Quod si pupillus dicat, se excessisse pupillarem ætatem, id ei nihil profuturum est, quia qui cum eo contrahit, exigere debet curatoris auctoritatem, sine qua non obligaretur, si minor esset *l.* 3. *in princ. C. de in integr. rest.* Itaque qui cum pupillo contrahit, sine magna sua culpa & incogitantia decipi non potest. Denique animadvertendum est, quod in *d. l. si Titius, & Seia ff. de fidejuss.* agitur de minore, qui curatorem non habebat, ac propterea excusatur fidejussor, si eum majorem esse existimavit, quia minores solent habere curatorem *l.* 3. *ff. de minor.* Quod ibi agatur de minore curatorem non habente, probatur hoc mo-
do.

do. Ibi minor petiit, & impetravit restitutionem in integrum, quæ utique datur curatorem non habenti *l. 3. in fin. C. de in integr. restitut.* Quod si dicamus, eum habuisse curatorem; aut fidejussit sine ejus auctoritate, aut adhibita ejus auctoritate. Si fidejussit cum ejus auctoritate, non poterit esse incerta ejus ætas, ut ibi supponitur: nam qui in contractu videt adhiberi curatoris auctoritatem, hoc ipso debet intelligere, eum esse minorem. Si fidejussit sine curatoris auctoritate, non datur ei in integrum restitutio, sicut non datur pupillo sine tutoris auctoritate contrahenti *l. in causæ 16. in princ. ff. de minor.* quia contractus ipso Jure non valet *l. 3. C. de in int. restit.* & quando contractus non valet, restitutio non datur, quia ipso Jure munitus est *d. l. in causæ 16. §. & generaliter ff. de minor. l. in dubium C. de tutor. vel cur. qui satis non ded. l. si tutor. 4. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est.* Ibi autem supponitur impetrata restitutio: ergo falsum est fidejussisse sine curatore. Superest igitur, ut non habuerit curatorem.

Ad text. in *l. 3. in princ. ff. ad S. C. Macedon.* respondetur, quod cum exceptio Senatusconsulti Macedoniani detur in odium creditoris *l. qui exceptionem 40. ff. de condict. indeb.* non debet exceptio nocere ei, qui justa facti ignorantia est deceptus *l. genero 8. ff. de his qui not. infam. l. ult. ff. de decret. ab ord. faciend.* Justa autem est ignorantia facti ejus, qui existimat patremfam. illum, qui in omnibus se gerit pro patrefam. & qui communiter ejusmodi existimatur. In causa, de qua agimus, nec justa est ignorantia, nec denegatur actionis restitutio propter odium creditoris, sed quia sibi imputare debet, qui pupillum expromissorem accepit, & non adhibuit tutoris auctoritatem, cum eam posset exigere.

Venio ad secundum argumentum, & dico, dissimilem esse causam minorum, & pupillorum. Probavimus modo, quod minor, qui impetravit restitutionem, aut curatorem non habebat, aut contraxit cum auctoritate curatoris. Qui curatorem non habet, non est similis pupillo, quia civiliter obligatur *l. 3. in fin. C. de in int. rest.* Qui curatorem habet, & cum ejus 22
auctoritate contrahit, non est similis pupillo contrahenti sine tutoris auctoritate: ille enim obligatur, hic autem non obligatur. In illis legibus agitur de minore, qui impetraverat restitutionem in integrum: igitur aut agitur de minore curatorem non habente, aut de minore contrahente cum auctoritate curatoris: neuter autem similis est pupillo. Non potest igitur duci argumentum ab eo minore ad pupillum. Ratio autem, cur expromittente minore, & in integrum restituto, restituatur etiam actio creditori adversus veterem debitorem, in promptu est. Restitutio in integrum est amissæ causæ redintegratio *l. 2. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est.* Hoc est, impetrata restitutione restituuntur omnia in eum statum, in quo erant, antequam minor obligaretur, dum ne quid damni minor patiatur *l. quod si minor §. restitutio ff. de minor. l. un. C. de reputat. l. 1. & 2. C. si advers. transact. l. 1. §. plane ff. de collat.* Quare restituenda est etiam actio creditori, cum haberet illam antequam minor expromitteret.

Nec obstat, quod restitutio detur etiam adversus naturalem obligationem *l. 2. C. si advers. solut. l. illud ff. de minor.* Sed pupillus sine tutoris auctoritate naturaliter obligatur, ut supra probavimus: ergo 23
indiget restitutione, ac propterea etiam expromittente pupillo restitui debet actio.

Respond. In illis legibus dari restitutionem adversus solutionem, non adversus naturalem obligationem. Nec pupillus sine tutoris auctoritate contrahens pe- 24
tere potest restitutionem *l. in causæ 16. in princ. ff. de minor.* quia eam petere non potest, qui ipso Jure munitus est, ut ostendimus: pupillus autem contrahens sine tutoris auctoritate ipso Jure munitus est, cum non possit facere conditionem

suam deteriorem *princ. tit. Inst. de auctor. tut.* & ideo in nostro §. *praeterea Inst. tit. quib. mod. toll. oblig.* dicitur nulla obligatio pupilli: & in *l. pupillus ff. de oblig. & action. & in l. quod pupillus ff. de cond. ind.* dicitur, pupillum nec naturaliter obligari: quia in his, quæ afficiunt personam pupilli, nulla est, & sine effectu naturalis obligatio, ne conditionem suam sine tutoris auctoritate faciat deteriorem.

Ad tertium eadem est responsio: nam & ibi agitur de minore in integrum restituto.

Ad quartum respondeo, dari actionem restitutoriam, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno afficiatur *d. l. 3. §. plane ff. de eo per quem fact. erit.* Non potest adscribi culpæ, aut negligentiæ creditoris, quod debitor sit liberatus, cum eum vocaverit in judicium
25 antequam liberaretur. Igitur liberatus est alieno facto, quod creditori nocere non debet *l. 1. ff. de alien. mut. jud. caus. fact. l. factum ff. de Reg. Jur.* præsertim cum possit subesse dolus ipsius debitoris, & cum pacto rem egisse. In casu nostro liberatus est debitor facto ipsius creditoris, qui accepit expromissorem pupillum.

Ad quintum respond. ibi quoque agi de restitutione in integrum, non quidem de ea, quæ minoribus datur; sed de ea, quæ datur majoribus *l. 1. §. verba. & ll. seqq. ff. ex quib. caus. major.* Et iniquum esset restitui servum domino, & non restitui actionem creditori, eumque rem amittere sine sua culpa, sine suo facto.

26 Ad sextum facilis est responsio. Beneficium divisionis fidejussoribus non datur, si alii solvendo non sint. *l. inter 26. ff. de fidejussor.* Ibi divisio facta erat, quia non constabat, an alter fidejussor solvendo futurus esset: sed quia adveniente tempore solutionis constat, eum solvendo non esse, idcirco recedendum est a divisione facta, & alter non potest gaudere hoc beneficio cum damno creditoris. Nihil simile in casu nostro.

Ad ultimum respondetur, quod minori restituitur actio adversus veterem debitorem liberatum, quia a Prætore semper in integrum restituitur, quoties sua facilitate læsus est *l. 1. & toto tit. ff. de minor.* Itaque & pupillo restitueretur, si cum auctoritate tutoris expromissorem inopem acceperit.

Non me pœnitet hæc uberius explicasse, quibus tota ratio restituendæ actionis est patefacta. Illud moneo, quod si pupillus expromittat cum auctoritate tutoris, & restituatur in integrum, restituenda quoque erit actio creditori adversus veterem debitorem, sicut restituitur expromittente minore. Vide text. in *l. sed revocata 20. cum duab. antec. ff. de jur. fisc.*

CAPUT XVI.

AD L. 1. ff. DE CONDIT,

& demonst.

SUMMARIUM.

I. *Dies certus petitionem, non obligationem differt.*
II. *Legatum in diem aliquando purum, aliquando præsens dicitur.*
III. *Dies incertus duplex: & quando faciat conditionem?*
IV. *Momentum, quo morimur, vitæ tribuitur, non morti.*
V. *Differentia inter contractus, & legata, quoad diem incertum: ejusque ratio.*
VI. *Dies omnino incertus conditionem facit tam in contractibus, quam in testamentis.*
VII. *Certa ætas gravati non facit conditionem favore libertatis, & alimentorum.*
VIII. *Nec ætas extranei: idem in usufructu.*
IX. *Dies adjectus ad accelerandam solutionem non facit conditionem.*
X. *Item exonerandi heredis causa.*
XI. *Item dies adjectus solutioni.*
XII. *Item adjectus favore legatarii.*
XIII. *Quando præsumatur adjectus favore legatarii.*
XIV. *Exponitur* l. si ita relictum 43. §. Pegasus ff. de legat. 2.
XV. *Effectus diei incerti legato adjecti.*
XVI. *Exponitur* l. post mortem C. de fideic. & l. patroni ff. quæ in fraud. cred.
XVII. *Quis sit dies certus, & qui ejus effectus?*

XVIII.

XVIII. Si dies sit adjectus gratia creditoris, ante diem solvi non potest.

XIX. Contra, si adjectus sit gratia debitoris.

XX. Legatum in diem nec agnosci, nec repudiari potest ante diem: sed vide in seqq.

XXI. Discrimen hac in re inter hæreditatem, & legatum.

XXII. Legatarius non acquirit eodem tempore obligationem, & dominium.

XXIII. Legatum in diem nec repudiari, nec acquiri potest ante diem: & quare?

XXIV. Ante diem legatum agnosci potest, ita ut incipiat deberi.

XXV. Ratio affertur, cur ante diem nascatur obligatio, non transeat dominium: & quid differat legatum ab hæreditate.

XXVI. Legatarius quomodo possit rejicere solutionem ante diem.

Dies aut certus est, aut incertus. Dies certus, etsi differat petitio-
1 nem & exactionem, non tamen differt, aut suspendit obligationem §. *omnis Inst. tit. de V. O. l. centesimis* 46. *ff. de V. O. l. cedere diem ff. de V. S. l. in diem* 10. *ff. de cond. indeb. l.* 5. §. 1. *& l. si dies* 21. *ff. quando dies leg. ced. l. un.* §. 1. *C. de caduc. toll.* Quo fit, ut legatum in diem
2 dicatur aliquando purum, ut in *l. hæres meus* 79. *in princ. ff. de cond. & demon*, *l.* & præsens legatum in *l.* 1. *in princ. ff. eod. tit.* quam suscepimus explicandam. Dies autem incertus non solum differt solutionem, sed etiam suspendit obligationem, quia dies incertus conditionem facit *l. dies incertus ff. de cond. & dem.*

Hujus diei duo sunt genera. Etenim aut incertum est, an dies ille sit umquam extiturus, ut dies certæ ætatis, dies nuptiarum, dies consulatus. Incer-
3 tum enim omnino est, an ille sit ad eam ætatem perventurus, sit contracturus nuptias, sit futurus Consul. Aut certum est, eum diem extiturum, sed incertum est, quando sit extiturus; cujusmodi est dies mortis. Hic secundus dies in contractibus conditionem non facit *l. sub conditione* 16. *cum ll. seqq. ff. de condict. indeb. juncta l. in diem* 10. *ff. eod.* In legatis vero interdum conditionem facit, interdum non facit. Si certo sit extiturus vivo legatario, non facit conditionem. Itaque dies mortis ipsius legatarii conditionem non facit *l. hæres meus* 79. *in princ. ff. de cond. & dem. l.* 4. *in fin. ff. qu. di. leg. ced.* 4
quia non potest existere post mortem legatarii: vivi enim moriuntur, non mortui, & momentum, quo morimur, vitæ tribuitur non morti *l. qui duos* §. 1. *ff. de manum. testam. l. si a pluribus* 107. §. 1. *ff. de legat.* 1. quamquam Plato nec vitæ, nec morti tribuendum esse censeat. Si vero dies adjectus possit existere post mortem legatarii, conditionale legatum est, ut si legato sit adscripta mors hæredis: nostra *l.* 1. §. *dies autem ff. de cond. & dem. l. hæres meus* 79. §. 1. *ff. eod. tit. l. hujusmodi* 13. *ff. quan. dies leg. ced. l. si cum hæres* 4. *ff. eod.* Ratio est, quia in contractibus nihil refert, quando conditio existat, ante, vel post mortem cre- 5
ditoris; quia creditor decedens transmittit spem ad hæredes §. *sub conditione Inst. tit. de V. O.* Transmittit autem spem, quia qui contrahit, tum sibi, tum hæredibus suis consulere voluisse videtur *l. si pactum* 9. *ff. de probat.* Et ideo in contractibus initium spectamus *l. non omne* § 1. *ff. de Reg. Jur. l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* & ex præsenti vires capiunt *l. usufructus* 26. *ff. de stip. serv.* In legatis multo aliter se res habet. Testator, qui legat, vult honorare ipsum legatarium, non ejus hæredes, ipsique aliquod ob meritum relinquere *l. nec adjecit* 9. *ff. pro soc.* non hæredibus legatarii, qui de testatore bene meriti non sunt, quemadmodum legatarius: Itaque si legatarius moriatur ante eventum conditionis, legatum prorsus extinguitur, nam ad hæredes legatarii non potest transmitti, neque ex voluntate testatoris, qui eos noluit honorare, neque ex persona legatarii, quia ipse mortuus est, antequam cederet dies legati; antequam aut legatum ipsum, aut obligationem acquireret. *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. quan. di. leg. ced. l. intercidit ff. de cond. & dem.* Igitur cum dies hic, de quo agimus, pos-

sit existere post mortem legatarii, suspendit legatum in incertum eventum, ac proinde legatum est conditionale, quia hoc proprium est conditionis, ut in casum differat obligationem §. *omnis Instit. tit. de V. O.*

Veniamus ad alium diem incertum. Si sit incertum, an dies adscriptus sit umquam extiturus, semper facit conditionem, tam in contractibus *l. quodcumque* 45. §. *non solum ff. de V. O.* quam in testamentis *l. si Titio* 22. *in princ. ff. qu. di. leg. ced. l. si ita sit scriptum* 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. cum vir*, *& l. Publius ff. de cond. & demonst.*

Aliquando tamen hic dies conditionem non facit, vel ob privilegium, vel quia alia de causa dies hic fuit adjectus, non ad suspendendam obligationem. Ob privilegium libertatis, & alimentorum conditionem non facit certa ætas ejus, qui gravatus est præstare vel libertatem, vel alimenta. Debentur enim, etiamsi ille
7 ad eam ætatem non perveniat. De libertate traditum est id in *l. fideicommissaria* 23. §. *etiam ff. de fideic. libert. l. Thais* 41. §. *libertatem ff. eod. l. fideicommissaria* 10. *C. eod. tit.* De alimentis idem conjicere possumus ex *l. libertis* §. *ab hæredibus ff. de alim. leg.* quam legem uberius alias explicabimus, & ex *l. Cajo* §. 1. *ff. eod. & ex l.* 1. *C. de legat.*

Præterea in his legatis nec ætas qui-
8 dem alicujus extranei conditionem facit *l. si ita scriptum* 16. *ff. de manum. testam. l. si servus* 19. *ff. de statu lib.* Imo etiam cum agitur de usufructu, ut est constitutum in *l. ambiguitatem C. de usufr.*

Quando vero dies incertus alia quacumque de causa adjicitur, non eo animo ut suspendat obligationem, numquam facit conditionem: quia in conditionibus voluntas dominatur *l. in conditionibus ff. de cond. & dem.* Adjicitur aliquando dies
9 ad accelerandam solutionem, & tunc pure contrahitur obligatio, non sub conditione, vel in diem: ut si quis stipuletur: *decem, cum petiero, dabis l. si decem* 48. *ff. de V. O. l. Titia* 85. *de cond. & dem.*

Aliquando dies incertus adjicitur hæ- 10
redis exonerandi causa, non suspendendæ obligationis, & ideo non facit conditionem. In legatis annuis primum solummodo parum est: legata sequentium annorum tacite continent illam conditionem: *Si initio ejus anni vivet legatarius*: itaque si non vivat, legatum amplius non debetur *l. si in singulos* 4. *& l. Gajus, in fin. ff. de ann. legat. l. nec semel in princ. & in* §. 1. *ff. quan. di. leg. ced.* Verumtamen si testator hæredis exonerandi causa, ne statim urgeatur ad solutionem totius summæ, eam diviserit in plures pensiones annuas, nulla inest conditio, & omnium annorum unum est legatum, cujus statim dies cedit. *l. nec semel* § *sed etsi. l. si cum præfinitione. vers. si vero ff. quando di. leg. ced.*

Item dies incertus aliquando non legato, non obligationi ejus adjicitur, sed solutioni: itaque non suspendit obligationem, cui non fuit adjectus; sed solum differt solutionem: quia testator noluit legatum sub conditione relinquere, sed in il- 11
lud tempus differre solutionem. Exempla nobis suppeditant *l. ex his C. quando di. leg. ced. l. Sejus Saturninus. l. a filia* §. *alumno ff. ad S. C. Trebell.* nisi tempus sit adjectum per verba conditionis, ut in *l. quibus diebus* §. *quidam Titio ff. de cond. & demon.*

Denique si testator diem incertum adjecerit favore ipsius legatarii, non facit conditionem: quia diem illum adjicit, ut provideat legatario, non ut ipsum pri- 12
vet legato tempore illo non adveniente. Exempla habemus in *l. Firmio* §. 1. *ff. quan. di. leg. ced.* in *l. a filia* §. *alumno ff. ad S. C. Trebell.* in *l. cum pater* 77. §. *curatoris ff. de leg.* 2. in *l. liberto* 21. §. 2. *ff. de ann. legat.*

Hanc autem voluntatem testatoris diem adjicientis favore legatarii multis conjecturis assequi possumus. Prima est, si testator declaret, se velle consulere infirmitati legatarii, ne pecuniam dissipet, 13
at-

atque disperdat, ut in *l. liberto §. filium ff. de ann. legat.* Altera, si declaret, se nolle committere rei legatæ administrationem tutoribus legatarii, ut in *l. 3. §. cum Pollidius ff. de usur.* Tertia, si velit solvi legatario fructus, & usuras medii temporis, ut in *l. a filia §. alumno ff. ad S. C. Trebell.* & in *l. Firmio §. 1. ff. quando di. leg. ced.* Nam fructus eo casu debentur, quo dies gratia creditoris adjicitur. *l. si ita relictum* 43. *§. Pegasus ff. de legat.* 2. Minor autem, seu pupillaris ætas non est idonea conjectura, nisi simul concurrant ea omnia, quæ proponuntur in *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebell.* videlicet, & quod agatur de filio, & quod agatur de restituenda paterna hæreditate, quæ filio ipsi debita erat, & relicta cuidam amico, ut eam custodiret, donec filius judicii maturitatem assequeretur. His non concurrentibus dies facit conditionem: nam etiam legatum filio impuberi relictum, cum ad pubertatem pervenerit, con-
14 ditionale est *l. si cui legetur* 49. *§. 1. cum duob. seqq. ff. de legat.* 1. Quamobrem quod traditur in *l. si ita relictum §. Pegasus ff. de legat.* 2. id ita esse intelligendum est, si aliunde constet, tempus pubertatis adjectum fuisse gratia impuberis legatarii, ut supponitur initio ejus paragraphi. His expositis constat, quis sit dies incertus, & quando conditionem faciat. Si fuerit adscriptus ejusmodi dies incertus, qui conditionem faciat, id quod debetur, non recte solvitur antequam dies veniat, & si per errorem solutum fuerit repeti po-
15 test, antequam dies veniat, veniente die non repetitur *l. sub conditione 16. ff. de cond. ind.* Imo si legatarius fundum legatum forte fortuna possideat, potest ab hærede vindicari simul cum fructu *l. omnia* 32. *§. fundum ff. de legat.* 2. Quare neque hoc legatum delegari potest, cum nihil hactenus debeatur *l. legata 41. ff. de cond. & dem.* nec potest eligi res legata *l. cum illud 25. ff. quan. di. leg. ced.* Et si rogatus sit aliquis, ut restituat hæreditatem cui voluerit ex liberis suis, cum morietur, non potest in vita restituere *l. cum pater 77. §. a filia ff. de leg.* 2. quia adhuc non habet electionem, ne forte restituat ei, qui ante ipsum sit moriturus.

Fideicommissum tamen & ante mortem restituere potest is, qui post mortem suam rogatus est restituere, *l. post mortem 12. C. de fideic.* quia videtur donare id, quod pluris est in præmatura restitutione, & veniente morte cedit in solutum *l. sub conditione 16. ff. de solut.* Quod si præmatura solutione alteri iniqua conditio inferatur, non recte restituetur. Neque contrarium est quod traditur in *l. patrem 19. ff. quæ in fraud. cred.* ubi non fraudat creditores, qui restituit ante mortem id, quod post mortem restituere rogatus erat. 16
Etenim ibi pater non restituit hæreditatem filio ante conditionis eventum, licet in vita restituat. Rogatus erat restituere filio post mortem suam; vel, cum filius morte patris fuisset effectus sui juris. Hæc conditio non solum existit per mortem patris, sed etiam per emancipationem, quia ea mens est testatoris, ut filius sibi acquirat hæreditatem, quod consequitur, quomodocumque sui juris effectus fuerit *l. mulier 22. in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si ita 15. ff. quan. di. leg. ced.* itaque cum pater restituerit filio emancipato, recte restituit, & non fraudat creditores, quia restituit post eventum conditionis.

Hactenus de die incerto. Ex his intelligi volumus quis sit dies certus. Etenim diem certum dicimus non solum eum, qui certo est extiturus, sed omnem, qui conditionem non facit: quia cum non suspendat obligationem, nec eam in incertum differat, certus merito 17
potest appellari. Differt hic dies solutionem, & exactionem: obligatio autem statim nascitur: statim tenetur debitor, sed conficiendæ pecuniæ tempus ei conceditur *§. omnis Inst. tit. de V. O. l. centesimis 46. ff. eod. tit. l. in diem 10. ff. de cond. ind. l. cedere diem ff. de V. S. l. 5. §. 1. & l. si dies 21. in princ. ff. quando dies leg.*

leg. vel fideic. eod. Verumtamen quia ante diem exigi pecunia non potest, & quoad exactionem sine effectu est, & inutilis obligatio; idcirco in nostra *l.* 1. §. *cum dies certus ff. de cond. & dem.* ait *J. C. quia certum est ea debitum iri*. Nam quantum attinet ad exigendi facultatem, adhuc non debentur, nec videtur cœpisse obligatio *l. obligationum* 44. §. 1. *ff. de oblig. & act. l. cum qui* §. 1. *ff. de V. O. l. si in annos* 49. *ff. de cond. & dem. l. si ita sit scriptum* 45. §. 1. *in fin. ff. de leg.* 2. quia vere debitor is est, a quo invito exigi pecunia potest *l. debitor* 108. *ff. de V. S.* Ceterum cum de aliis effectibus obligationis quæritur, non dubitatur eum, qui in diem debet, vere debitorem esse. Itaque si solverit ante diem repetere non potest *l. in diem* 10. *ff. de cond. ind. l. nam si* 17. *ff. eod.*

An autem debitor invito creditori possit ante diem solvere id, quod in diem debet, inter doctissimos homines est magna dissensio. Adjicitur dies, aut debitoris, aut creditoris causa. Plerumque debitoris causa adjicitur *l. cum tempus ff.*
18 *de Reg. Jur. l. eum qui calendis ff. de verb. obl.* Aliquando tamen adjicitur etiam creditoris causa *l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus ff. de legat.* 2. Quibus conjecturis id consequamur supra diximus, & mille alias ad earum similitudinem fingere possumus: veluti, si quis cum certo tempore indigeret aliqua quacumque re, quæ facile corrumpitur, aut non facile custoditur, stipulatus sit, eam sibi dari eo tempore, quo ipsa uti debet. Si dies sit adjectus creditoris causa, constat invito creditori ante diem solvi non posse *l. Jabolenus* 15. *ff. de annuis legat.*

19 Si vero dies sit adjectus causa debitoris, etiam invito creditori potest ante diem solvi ut traditur in *d. l. Jabolenus* 15. *ff. de ann. leg.* in *l. stipulatio ista* 38. §. *inter* 16. *ff. de verb. oblig.* in *l. continuus* §. 2. *vers. nam & quod in ff. eod. l. quod certa* 70. *ff. de solut.* in *l. quod quis* 50. *ff. de oblig. & act.* Quamquam & hoc a multis magni nominis Viris negatur; & cum Carthaginenses stipendium, quod pluribus pensionibus in multos annos debebant, se præsens omne daturos pollicerentur: a Romanis responsum est, nullam pecuniam se ante diem accepturos. Nimirum illi cum Carthaginensibus, tamquam victores cum victis agebant, & magnifice oblatum beneficium repudiarunt. Existimo enim, verissimum esse, quod toties a nostris traditum est, totum medium tempus ad solvendum relinqui liberum promissori. Confirmat hoc etiam Pomponius in nostra *l.* 1. §. *cum dies certus*. Verba legis hæc sunt: *Cum dies certus adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt; quia certum est ea debitum iri*.

Non libet hoc loco controversiam omnem exponere, cum id ab aliis, & docte, & accurate factum sit. Solum explicabo legem quamdam, quæ & huic sententiæ, & nostræ legi videtur esse contraria, & ab aliis in hac controversia non perpenditur. In nostra *l.* 1. §. *cum dies certus ff. de cond. & dem.* ait Pomponius, *legatum cui dies certus adscriptus est,* 20
ante diem solvi posse. Falsum hoc videri potest, quia legatum in diem non potest ante diem repudiari *l. si ita sit scriptum* 45. §. *si sub conditione ff. de legat.* 2. sed quod repudiari non potest, agnosci non potest *l. is potest* 18. *ff. de acquir. vel om. hered. l. is qui heres* 13. *& l. nolle ff. eod. l. ejus est nolle ff. de Reg. Jur.* Legatum igitur in diem relictum ante diem agnosci non potest: ergo nec ante diem solvi potest, quia hactenus incertum est, an legatarius sit repudiaturus legatum. Primum igitur falsum est quod ait Pomponius, certum esse ea debitum iri, quia cum ante diem neque agnoverit, neque repudiaverit legatum, incertum est an legatum debeatur, vel futurum sit, ut ei debeatur. Præterea falsum est legatum solvi posse; quia sicut solvi non potest legatum conditionale propter incertum conditionis, ita solvi non poterit hoc le-

ga-

gatum propter incertum repudiationis, qua tamquam conditione legatum suspenditur. *l. si tibi homo* 86. §. *cum servus ff. de legat.* 1. *l. Cornelius* 69. *ff. de hæred. inst.*

Primum omnium animadvertendum est, non eamdem esse rationem hæreditatis, & legati. Legatum in diem certum relinqui potest: hæres ex die certo non potest institui *l. hæreditas ff. de hæred. inst.* §. *hæres Inst. eod.* cum igitur hæreditas solum sub conditione relinqui possit, verissimum est, quod hæreditas, quæ repudiari non potest, adiri & acquiri non potest: quod obtinet etiam in legato con-
21 ditionali, nam & hoc ante conditionis eventum nec repudiari, nec agnosci, nec solvi potest. At in legatis, quibus adscriptus est dies certus, non usquequaque verum est quod agnosci non possint: licet verum sit, ea repudiari non posse *d. l. si ita sit scriptum* 45. §. *si sub conditione ff. de leg.* 2. ut mox explicabimus.

Præterea in hæreditate non differt dominium ab obligatione. Hæreditatis nemo debitor est, cum eam hæres accipiat a defuncto. Itaque adeundo hæreditatem statim dominium rerum hæreditariarum acquirimus *l. hæres* 37. *ff. de acquir. vel om. hæred.* Non ita se res habet in legatis. In his distincta sunt dominium, & obligatio. Legatarius duo acquirit: obligationem legati, qua ipsi hæres obstrin-
22 gitur; & dominium rei legatæ. Neque hæc duo acquirit eodem tempore. Obligatio acquiritur legatario, cum testator moritur: statim enim dies legati cedit *l. si post diem* 5. §. 1. *ff. quando di. leg. ced. l. un.* §. 1. *C. de cad. toll.* Dominium vero rei legatæ transit ad legatarium a die aditæ hæreditatis *l. servum* 44. §. 1. *servo legato* 69. *l. si tibi homo* 86. §. *cum servus ff. de legat.* 1. *l. legatum* 80. *ff. de legat.* 2. *l. a Titio ff. de furt.*

Veniamus ad rem nostram. Legatum ante diem repudiari non potest *d. l. si ita sit scriptum* 45. §. *si sub conditione ff. de leg.* 2. Potest tamen ante diem agnosci, non quidem ita ut acquiramus dominium rei legatæ; sed ita ut legatum nobis debeatur, ut dies ejus cedat. In legatis in 23
diem legatarius ante diem non acquirit dominium rei legatæ *l. Sempronius Attalus ff. de usufr. legat.* Itaque non potest repudiare legatum, quia legatum ad ipsum adhuc non pertinet, ut ait *J. C. in d. l. si ita sit scriptum*. hoc est, quia ad ipsum non pertinet dominium rei legatæ: repudiando autem id agimus, ut a nobis dominium abjiciamus, imo ut res legata numquam in dominio nostro fuerit, sed semper in dominio hæredis *l. servum* 44. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. si tibi homo* §. *cum servus ff. de legat.* 1. Animadvertendum est verbum, *ad nos non pertinet* per textum in *l. si dies* 21. *ff. qu. di. leg. ced. in l. verbum illud* 181. *ff. de V. S.* ad quem dominium rei non pertinet. Frustra enim conatur abjicere id, quod non habet. Eadem de causa nec possumus agnoscere legatum, ita ut dominium ejus acquiramus, quia hoc acquiri non potest antequam veniat dies adscriptus *d. l. Sempronius Attalus ff. de usufr. leg.* Quare animadvertendum est, quod in *l. is potest ff. de acquir. hæred.* ait J. C. *Is potest repudiare, qui & potest acquirere*. Non ait, *qui potest agnoscere*, sed *qui potest acquirere*. hoc verissimum est, ac propterea legatum in diem nec potest repudiari, nec potest acquiri ante diem.

Potest tamen legatum agnosci, ita ut legatum debeatur, & cedat legati dies. Etenim hujus legati dies cedit a morte testatoris *l. unic.* §. 1. *C. de caduc. toll. l.* 24
5. §. 1. *ff. quan. di. leg. ced.* Et hoc est, quod ait Pomponius in nostra *l.* 1. §. *cum dies certus ff. de cond. & dem.* quod legata in diem solvi possunt ante diem, *quia certum est ea debitum iri*: hoc est, certum est venturum diem, quo debeantur cum effectu, quo exigi possint. Ex quibus constat, in hac lege supponi legatarium agnovisse legatum, & veniente die non repudiaturum legatum. Nam si dubitaretur adhuc an legatum repudiaturus

sit

sit, non esset certum id ipsum debitum iri.

Ratio autem cur ante diem possit agnosci legatum ita ut debeatur, non vero acquiri, in promptu est. Potest legatum deberi, etiamsi peti non possit: hoc enim commune est omnibus obligationibus in diem, ut ante diem peti nihil possit, licet statim nata sit obligatio *l. cedere diem ff. de V. S.* §. *omnis Inst. tit. de verb.*
25 *obl.* Quare licet legatarius agnoverit legatum, & legatum debeatur, non tamen ipsum petere potest ante diem. *l. non tamen 9. ff. ut legat. nom. cav.* Non potest autem legatum acquiri ante diem, quia si ante diem dominium rei legatæ transiret in legatarium, posset legatarius rem suam ab hærede vindicare *l. in rem in princ. ff. de rei vind.* §. 1. *Inst. tit. de act.* atque ita legatum ante diem consequi, quod est contra mentem testatoris. Igitur non recte deducitur argumentum ab hæreditate ad legatum. Hæreditas, quæ repudiari non potest, non potest adiri, quia adeundo ipsam acquirimus, & simul dominium rerum hæreditariarum §. *ult. Inst. tit. de hared. qual. & diff.* Legatum, quod non potest repudiari, potest agnosci; quia agnoscendo acquirimus obligationem a die mortis, non autem dominium, ad quod adipiscendum dies expectatur, ut accidit in *l. dotis* §. *ult.* & in *l. si ego* §. *si res ff. de jure dot.* in quibus licet traditio secuta sit ex causa dominii transferendi, dominium tamen ex voluntate tradentis non transfertur ante contractas nuptias.

His explicatis, ad propositum argumentum facilis est & expedita responsio. Si legatarius nolit accipere ante diem id, quod ipsi legatum fuit, quia alleget, se veniente die repudiaturum legatum,
26 quod respondere potest argum. text. in *l.* 1. *ff. de curat. bon. dand. l. in plurium* 70. §. 1. *ff. de acquir. vel omitt. hæred.* recte recusat id accipere; quia nec ipsius est legatum, nec umquam ejus futurum est, nec umquam fuit *l. servum* 44. §. 1. *ff. de leg.* 1. cum aliis supra allegatis. Et neque ipsi legatum debetur, neque debebitur, nec cessit, nec cedet legati dies: itaque frustra ei solvitur, quod non debetur. At vero si tergiversetur, ac recuset accipere legatum, quia nondum venit dies rei solvendæ, dies legato adscriptus, frustra recusat, ac sine ulla causa; quia quamvis dies nondum venerit, solvi tamen potest, cum certum sit debitum iri, ut ait Pomponius in nostra *l.* 1. §. *cum dies certus ff. de cond. & dem.*

CAPUT XVII.

AD L. LIBERTIS

18. §. *ab hæredibus ff. de alim. legat.*

SUMMARIUM.

I. Conditio pro impleta habetur, si steterit per eum, in cujus persona debebat impleri.
II. Certa ætas legatum reddit conditionale.
III. Militia non potest videri legata pro alimentis, quando legata sunt etiam alimenta.
IV. An certa ætas faciat conditionem in legato, cui onus adjunctum est.
V. Exponitur l. Thais §. libertatem ff. de fideic. libert. *& n. 6.*
VI. Rationes reddere tenentur omnes administratores.
VII. Redditio rationum continet reliquorum solutionem.
VIII. Patroni solebant libertis legare alimenta, quæ vivis præstabant.
IX. Militia loco alimentorum legata præsumitur.
X. Militia quid, & quotuplex?
XI. Militia Palatina, & domestica quæ?
XII. Militia Sacrorum Scriniorum quæ, & quotuplex?
XIII. Papinianus, & Ulpianus Magistri Scriniorum.
XIV. Militia Prætoris quæ, & quotuplex?
XV. Apparitores, Scribæ, qui, & quæ eorum militia.
XVI. De pecunia, quæ pro militiæ introitu solvebatur.
XVII. Quæ decerentur commoda militiæ.
XVIII. Sportulæ datæ ab iis, qui magistratus suscipiebant: & quid differrent a pecunia pro introitu militiæ.
XIX. Militiæ quæ erant in commercio.
XX. Eæ transmittebantur ad heredes.
XXI. Militiæ ex casu quæ, & quid esset casus. & num. 23.

XXII.

XXII. Ad quos pertineret pecunia militiæ ex casu.
XXIII. Quanta esset.
XXIV. Cur legata militia, videatur legata æstimatio.
XXV. Militum salarium quod?
XXVIII. Annona præstari solita Magistratibus, & eorum militibus; & quid sint annonæ.

PRomissum impleamus, & fidem capitis antecedentis exsolvamus. In *l. libertis §. ab hæredibus ff. de alim. vel cib. legat.* proponitur hæc species. Titius rogavit hæredes suos, ut Stichum manumitterent, eique manumisso alimenta præstari voluit a Sejo, si cum eodem Sejo moraretur; & deinde adjecit hæc verba: *A te autem, Sei, peto, ut cum ad vicesimum quintum annum perveneris, militiam ei compares, si tamen te ante non reliquerit.* Sejus mortuus est ante annum vicesimum quintum: quæsitum est an liberto militia comparanda sit, & quando sit comparanda? Respondit Scævola, militiam comparandam esse eo tempore, quo Sejus pervenisset ad annum vicesimum quintum, si vixisset.

Huic legato militiæ videntur adjectæ
duæ conditiones. Altera est, si libertus
Sejum non reliquerit. Hæc conditio impleta
est, quia libertus Sejum non reliquit,
& licet cum eo moratus non fit
usque ad annum vicesimum quintum;
1 tamen cum per Sejum steterit, quominus
cum eo moraretur, conditio pro impleta
habetur *l. in jure* 161. *ff. de Reg.
Jur. l. jure* 24. *ff. de cond. & dem. l. hæres
66. in fin. l. Julianus* 45. *ff. eod.* Altera
conditio est: cum Sejus ad vicesimum
quintum annum pervenerit. Hæc vera
2 conditio est; nam certa ætas ejus, qui
legatum debet, adscripta legato conditionem
facit, *l. si ita scriptum* 16. *ff. de man.
testam. l. si servus liber* 19. *ff. de statu lib.
l. fideicommissaria* 23. *§. etiam ff. de fideicomm.
libert.* Itaque cum Sejus non pervenerit
ad annum vicesimum quintum,
conditio defecit, & legatum militiæ non
debetur *d. l. si ita scriptum, cum duabus
aliis modo adductis.* Et tamen Scævola
respondit, militiam esse comparandam,
cum cessisset id tempus: quasi legatum
militiæ sit in diem, non sub conditione.

Neque videtur, admitti posse Scævolæ
responsum propter favorem alimentorum.
Nam licet non negemus, certam ætatem
non facere conditionem favore alimentorum;
tamen hic militia non erat legata
pro alimentis, cum præter militiam eidem
legata essent alimenta *l. Firmio §.
2. ff. quando di. leg. ced.* Atque hæc alimenta
liberto præstanda sunt, etiamsi Sejus
mortuus sit *l. Gajo §. Imperator ff. de* 3
alim. vel cib. leg. l. 1. *C. de leg.* Cum igitur
liberto debeantur alimenta, non potest
militia legata esse pro alimentis *d. l.
Firmio §.* 2. *ff. qu. dies leg. ced.*

Doctissimi Interpretes Jason, & Duarenus
putant, in hoc legato certam ætatem
non facere conditionem, quia militia
legata erat ad remunerandum libertum
propter onus, quod eidem fuerat adjunctum,
morandi cum Sejo usque ad
certam illam ætatem. Statuunt igitur
certam ætatem non facere conditionem 4
in legato, cui onus adjunctum est.

Vix potest defendi hæc sententia: contrarium
enim constitui videtur in *l. Thais
§. libertatem ff. de fideic. libert.* Ibi testator
Cupitum servum suum manumitti
voluit, cum Marcianus filius sexdecim
annos implevisset, si rationes reddidisset.
Huic legato libertatis adscripta est cer- 5
ta ætas filii hæredis, & est conjunctum
onus reddendarum rationum: & tamen
certa ætas conditionem facit, ut constat
ex illis verbis legis: *nam alteram conditionem.*
Et licet libertas debeatur, quamvis
filius non pervenerit ad decimum sextum
annum; tamen id receptum est favore
libertatis: ibi, *humaniore interpretatione*:
& si alterius generis legatum esset,
non deberetur *l. si ita scriptum* 16.
ff. de man. test. l. si servus liber 19. *ff. de
statu lib. l. fideicommissaria* 23. *§. etiam ff.
de fideic. libert.*

Ad hæc respondet Jason: huic legato nullum onus adjunctum fuisse, quia rationes reddere in onere numerari non potest,

test, cum quilibet administrator rationes reddere teneatur. Sed hoc falsum videtur: nam licet reddere rationes non videatur onus; tamen quando testator voluit, servum manumitti post certum tempus, redditis rationibus, maximum onus
6 servo injungit, nempe onus administrandi res hæredis, & gerendi actum filii usque ad illud tempus, usque ad certam illam ætatem filii *l. Thais* 41. §. *ab hæredibus ff. de fideic. libert.* Itaque cum in adducto §. *libertatem* testator voluerit, Cupitum servum esse liberum, postquam filius ad sexdecim annos pervenisset, rationibus redditis, voluit, eum gerere actum filii usque ad illam ætatem, & ad remunerandam ejus administrationem liberum esse voluit. Atque id executus est Cupitus in *d. l.* cum actum domini gesserit, quod onus utique gravissimum est, quia præter laborem, & occupationem administrationis continet etiam periculum, cum in reddendis rationibus reliqua solvere debeat, & respondere, si quid ne-
7 gligentia sua amissum est *l. quamvis* 32. *l. si cui* 50. *l. Julius* 81. *l. cum servus* 82. *vers. quid ergo. l. qui sub conditione* 111. *ff. de condit. & demonstr. l. qui filium* 22. §. 1. *ff. de man. testam. l. Sticho* §. *servus ff. de statu lib.* & alibi passim in Jure nostro.

Verissimum puto, in ea lege certam ætatem non habere vim conditionis favore alimentorum. Jam satis constat id receptum favore libertatis, humanitate id suggerente *l. fideicommissaria* 10. *C. de fideic. lib. l. fideicommissaria* 23. §. *etiam l. Thais* §. *libertatem ff. eod. l. si servus liber ff. de statu lib. l. si ita scriptum* 16. *ff. de manum. testam.* In multis autem par est libertatis, & alimentorum favor. Quod ut intelligamus, observandum est, quod in ea lege relicta erant alimenta liberto, ut cum Sejo moraretur, donec Sejus ad vicesimum quintum annum pervenisset. Post hoc tempus rogatus est Sejus emere militiam liberto, hæc militia subrogatur in locum alimentorum, ut habeat libertus unde se alat etiam eo tempore, quo cum Sejo amplius non mo- 8
rabitur. Solebant patroni libertis suis alimenta legare *l. 3. l. alimenta. l. alio. l. verba testamenti. l. Gajo in princ. l. a filio* §. *ult. l. libertis in princ. ff. de alim. vel cib. legat. l. Sempronio ff. de usufr. leg. l. ex parte* §. *servo ff. fam. hercisc. l. alimentorum* 11. *ff. de adsign. libert.* Et quia vivis alimenta præstabant, sæpe solebant ea legare, quæ vivis præstabant. *l. Sejo* §. *ult. ff. de ann. legat. l. Sempronio ff. de usufr. leg. l. alimenta* §. 1. *& ult. l. testamento l. Stichus l. Mela* §. *sed si. l. alio & l.* 4. *ff. de alim. & cib. leg.* Hic etiam patronus voluit, liberto suo alimenta præstari, sed cum minimo incommodo tum ipsius liberti, tum ipsius Seji, quem gravare voluit. Itaque cum nollet gravare libertum, ut semper cum Sejo moraretur, nolletque, Sejum perpetuo incommodo alimentorum afficere, rogavit Sejum, ut post expletam minorem ætatem liberto militiam emeret, ex qua posset libertus se alere, & eodem tempore liberaretur Sejus ab onere alendi libertum, & libertus ab onere morandi cum Sejo. Militia diurnum, aut menstruum, aut annuum erat salarium, & emolumentum, ac redditus. Itaque militia videtur relicta pro alimentis, sicut legata annua pro alimentis relicta præsumuntur, ut constat ex nostra *l. libertis.* §. *posthumis ff. de* 9
alim. leg. l. si cum præfinitione 20. *juncta l. cum in annos* 10. *& duabus sequentibus ff. quand. dies legat. ced.* præsertim in casu nostro, in quo militia subrogatur in locum alimentorum, & relinquitur eo tempore, quo amplius præstanda non sunt. Etenim testator voluit, liberto præstari alimenta, donec cum Sejo moraretur: voluit autem, cum Sejo morari, donec Sejus ad 25. annum perveniret.

Atque ut apertius hoc sit, breviter explicandum est quid esset militia, de qua toties in Jure nostro mentio. Militia 10
alia erat armata, alia inermis, seu urbana. Tacit. *Hist. lib.* 1. *Urbanæ militiæ impiger: bellorum insolens.* Cicer. *pro Muræn.*

rem. Servius hic nobiſcum hanc urbanam militiam reſpondendi, ſcribendi, cavendi, plenam ſollicitudinis, ac ſtomachi ſecutus eſt. Hæc urbana militia in plures partes dividebatur: comprehendebat enim officia omnia, ac munia, omneſque, qui aut Imperatori miniſtrabant, aut Magiſtratibus.

Imperatorum duplex erat militia, Palatina, & Sacrorum Scriniorum. De mi-
11 litia Palatina agitur in *tit. C. de palatin.* in *tit. C. Theodoſian. & Juſtinian. de privileg. eor. qui in ſacr. palat. milit.* in *tit. utriuſque C. de Caſtrenſian.* & aliis multis. Sidon. *lib. 1. epiſt. ad Eutrop. Scribendi cauſa vel ſola, vel maxima, qua te ſcilicet a profundo domeſticæ quietis extractum ad capeſſenda militiæ palatinæ munia vocem*. D. Hieronym. *in epitaph. Nepotiani: Referret alius, quod in palatii militia ſub chlamyde, & candenti lino corpus ejus cilicio tritum ſit*. Hæc appellatur militia domeſtica a Caſſiodoro *lib. 11. form. 6.* & palatini appellantur milites ſedis noſtræ ab Imperatore apud Caſſiod. *lib. 12. form. 16.* Comprehendebat hæc militia omnes, qui aulica munia obibant, ut Comites palatinos, Comitatenſes, Domeſticos, Largitionales, Privatianos, Mittendarios, & ceteros omnes, qui in palatio munus aliquod, aut officium exercebant. Erant præterea ſcholæ palatinæ, quarum decem numerantur in Notitia utriuſque Imperii, undecim vero fuiſſe teſtatur Imperator Juſtinian. in *l. ult. C. de locat.* Sed hoc militiæ genus ad armatam potius referendum eſt, quam ad urbanam, ſicut refertur a Juſtiniano in *d. l. ult. C. de locat.* cum ſtiparent ac cuſtodirent Principem, eique domi foriſque ſecuritatem præſtarent, paucis tantum exceptis.

Militia ſacrorum ſcriniorum multiplex erat: etenim in Notitia utriuſque Imperii quatuor ſcrinia ſacri palatii recen-
12 ſentur: Scrinium memoriæ, ſcrinium epiſtolarum, ſcrinium libellorum, ſcrinium diſpoſitionum. Horum varia officia, ac nomina: Exceptores, Amanuenſes Librarii, Memoriales, Cornicularii, Laterculenſes; &, qui dignitate præcellebant, Proximi ſcriniorum, Comes diſpoſitionum, & Magiſtri ſcriniorum. De quibus agitur in *tit. C. de magiſtr. ſacr. ſcrin.* & in *tit. de prox. ſacr. ſcrin.* & paſſim in libro Codicis duodecimo. Ad hoc militiæ genus pertinere poteſt etiam Quæſtor ſacri palatii. Horum militia appellatur litterata in *l. 8. C. de prox. ſacr. ſcrin.* Symmach. *epiſt. 124. lib. 7. fungitur militia in ſcriniis litterarum*. Ad hos enim cura libellorum Principi oblatorum, epiſtolarum, conſtitutionum, decretorum, aliarumque hujus generis rerum attinebat. Scriniorum Magiſter fuit Papinianus noſter. Aurel. Vict. *de Papiniano: Ferunt illo tempore Baſſiani ſcrinia curaviſſe*. Exiſtimo, eum fuiſſe Magiſtrum ſcrinii libellorum. Tryphoninus in *l. reſcriptum 12. in princ. ff. de diſtr. pign. Reſcriptum eſt ab Imperatore libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere poſſe*. Doctiſſimus Salmaſius putat, 13
eum fuiſſe Magiſtrum omnium ſcriniorum, quia principes ſingulorum ſcriniorum vocabantur *Proximi* cujuſque ſcrinii, nec a magiſtris ejus ſcrinii diſtinguebantur. Quæ opinio non videtur vera, cum in noſtro Codice ſeparati ſint tituli *de Magiſtris Sacrorum ſcriniorum, & de proximis ſcriniorum*. Sed ad hoc noſtrum inſtitutum non pertinet hæc diligentius & perquiſitius examinare. Ulpianum quoque noſtrum Magiſtrum Scriniorum fuiſſe conſtat. De hoc Feſt. Ruf. *hic Alexander Scriniorum Magiſtrum habuit Ulpianum*; denique teſtatur Lampridius.

In Prætorio quoque ſicut in Palatio, duplex erat militia: forenſis, & Apparitorum. Forenſi militiæ adſcribebantur advocati. Caſſiod. *lib. 5. form. 4. Advocati tibi militant eruditi*. Impp. Leo & Anthemius in *l. advocati 14. C. de advoc. div. judicior. Nec enim ſolos noſtro Imperio* 14
militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, & thoracibus nituntur, ſed etiam advocatos: militant namque cauſarum pa-

stroni, qui gloriosæ vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam, & posteros defendunt.

Apparitores quoque militare dicuntur *l. 4. 5. & 9. C. de diverf. off. & apparit. & toto tit. C. Theod. de div. off. & apparit.* Afcon. *in 3. Verr. Accensus nomen est ordinis, & promotionis in militia.* Caffiod. *lib. 6. form. 25. Omnes Apparitores decet habere Judices suos, nam cui Præsul adimitur, & militia denegatur.* Et *lib. 7.*
15 *form. 28. Si Præsulem ademeris, militem non relinquis: apparitio enim tollitur, quoties qui jubere poterat, abrogatur.* Ingens horum numerus: comprehendit enim omnes, qui Magiftratibus miniftrabant, Lictores, Accenfos, Præcones, Interpretes, Scribas, & hujus generis ceteros. Cicer. in *Orat. pro Cluent. Quid sibi autem illi scribæ, quid lictores, quid ceteri, quos apparere huic quæstioni video, volunt?* Liv. *lib. 9.* de Flavio fcriba. *Invenio in quibusdam annalibus, cum appareret Ædilibus.* Corn. Nepos de Eumene, qui Philippi fcriba fuerat: *Eumenes annorum quinque & quadraginta, cum ab anno vicesimo septem annos Philippo apparuisset.* & Feft. *lib. 12. Navalem scribam* definit eum effe, *qui in nave apparebat.* Igitur Apparitores dicebantur ii omnes, qui præfto erant ad obfequium Magiftratus: ut ait Servius ad illud Virgilii 12. *Æneid. Sævique in limine regis apparent.* Magiftri militum trecenti erant Apparitores, præter fupernumerarios. Comes Orientis fexcentos Apparitores habere poterat. *l. un. C. de apparit. Comit. Orient.* Proconful, & Legatus quadringentos *l. 2. C. de apparit. Proconf.*

Ex his, quæ diximus, facile quilibet intelliget, quid effent hæ militiæ, & quam magnus earum numerus. Cogita enim omnes palatinos, omnes Magiftratus urbanos, omnes dignitates, quofdam Magiftratus municipales; & immenfam propemodum fummam eorum militum, quorum officio, & opera utebantur, colliges.

Qui has militias confequebantur, folebant certam pecuniæ fummam pro introitu dare. Scævola in *l. his verbis pen. §. alumno ff. de legat. 3. Alumno præcepit militiam his verbis: Sempronio alumno meo illud & illud: & cum per ætatem licebit, militiam illam, cum introitu comparari volo. Quæsitum est, si Sempronius eam militiam sibi comparaverit, an pretium ejus, sed & id, quod pro introitu erogari solet, ex causa fideicommissi ab hæredibus consequi possit.* Et in *§. ult. ejusd. legis* idem teftator liberto militiam his verbis legavit: *Sejo liberto meo militiam do, lego illam, quam militiam, & testator habuit. Quæsitum est, an onera omnia, & introitus militiæ ab hærede sint danda: respondit danda.* Adjutores Quæ- 16
ftoris folvebant pro introitu centum folidos *Auth. de adjut. Quæst. 35.* Qui in facris fcriniis militabant, folvebant pro introitu 250. folidos Proximo, & prætcrea viginti, aut quindecim folidos Mello proximo, feu Adjutori, pro confuctudine uniufcujufque fcrinii *l. unicuique 7. C. de prox. sacr. scrin.* Qui domefticorum Prælentalium militiæ adfcribebantur, duo millia folidorum Comiti Domefticorum pro introitu folvebant, ut conjectura affequi licet ex *l. restituendæ 6. §. licentiam C. de advoc. diversf. Judicum.* Qui in Scholam Protectorum Domefticorum recipiebantur, fi propter labores & merita ad eam militiam fuiffent evecti, denos quinos folidos fportularum nomine folvere debebant, qui Primatibus diftribuebantur; fi gratia, vel potentia, quinquagenos folidos *l. sicuti 3. C. Theod. de Domest. & protector.* Confules centum pondo auri *l. 2. C. de Consul.* Contra patronus fifci nihil pro introitu folviffe videtur *l. petitionem 13. vers. quando C. de advoc. diversf. judicior.* Cum autem hæc pecuniæ fumma pertineret ad eos, qui erant ejufdem militiæ, idcirco J. C. in *l. Lucius Titius 22. ff. de leg. 2. ait: Lucius Titius in testamento suo Publio Mævio militiam suam reliquit, sive pecuniam ejus, quæcumque redi-*

redigi ex venditione ejus potuerit, cum suis commodis. Hæc erant commoda militiæ: nisi quis malit hæc interpretari de salariis, quæ milites a privatis consequebantur, de quibus in *l. creditor* 52. §. *inter ff. de act. empt.* cujusmodi erant sportulæ, quas Apparitores a litigantibus consequebantur *l. omnes* 33. §. *executeribus C. de Episc. & Cleric. l.* 1. *& tot. tit. C. de sportul.* §. *tripli Instit. de action.* Ad hæc eadem onera, summamque pecuniæ, quæ pro introitu solvebatur, alludere videntur Jurisconsulti in *l. quæ utiliter in princ. ff. de negot. gest.* in *l.* 1. §. *sed an id* 16. *ff. de collat.* in *l. Publius Mævius* 36. *in princ. ff. de condit. & demonstr. l. 6.* §. 1. *ff. de decurion.* in *l. si sponsus* 5. §. *si mulier* 17. *de don. int. vir. & uxor.* in *l. ult. ff. de petit. hæred.* Qui enim aliquem Magistratum inibant, aut Sacerdotium suscipiebant, sportulas dare solebant. Plin. *ad Trajan. ep.* 113. 114. & *ep.* 117. *Qui virilem togam sumunt, vel nuptias faciunt, vel ineunt Magistratum, vel opus publicum dedicant, solent totam bulen, atque*
18*etiam e Plebe non exiguum numerum vocare, binosque denarios, vel singulos dare*. Sidon. *epist. 6. lib.* 8. de Consule Asterio, consulatum suscipiente: *Itaque ut primum brevi peracta, nec brevis sportula, datique fasti &c.* Sed cum hæ pecuniæ spargerentur in vulgus a Consulibus, constitutum est, ut ab illis centum pondo auri præstarentur pro introitu ad instaurationem aquæductuum *l.* 2. *C. de Consul.* Quod & alias factum est, ut hæ pecuniæ alicui operi publico destinarentur. Plin. *ad Trajan. epist.* 48. *lib.* 10. *Claudiopolitani quoque in depresso loco, imminente etiam monte, ingens balneum defodiunt magis, quam ædificant, & quidem ex ea pecunia, quam buleutæ addunt beneficio tuo, aut jam obtulerunt ob introitum*. Illud animadversione dignum est, quod militia acquisita pecunia patris confertur a liberis *l. illud penult. C. de collat.* Nam & ea imputatur in legitimam, excepta militia Silentiariorum *l. omnimodo* 30. §. *ult. C. de inoff. testam.* At vero id, quod pater dedit nomine dignitatis, hoc est, ob introitum & impensas, quæ fiunt in dignitate suscipienda, non confertur: hoc enim propter onera dignitatis præcipuum haberi oportet *l.* 1. §. *sed an id.* 16. *ff. de collation.*

Ex his militiis multæ erant in commercio: nam & vendi poterant, & pignori obligari, & legari, atque in hæredes transmitti *l.* 5. *vers. manente C. qui milit. poss. l. omnimodo* 30. §. *ult. C. de inoff. testam. l. ult. C. de pignor. Auth. de exhib. vel introd. reis.* 53. *cap.* 5. *Auth. de æqualit. dot.* 97. *cap.* 4. Hinc toties in Jure nostro mentio militiæ aut venditæ, aut 19
legatæ *l. creditor* 52. §. *inter venditorem ff. de act. empt. l. Lucius Titius* 22. *l. mortuo bove* 49. §. 1. *ff. de leg.* 2. *l. fideicommissa* 11. §. *si servo ff. de legat.* 3. *l.* 3. §. *si quid minori ff. de minor. & nostra l. libertis* §. *ab hæredibus ff. de alim. vel cib. leg.* Ut puta, militia Adjutorum Quæstoris vendi poterat centum solidis, ita tamen ut is, qui militiam emebat, & subrogabatur in locum venditoris, electione Quæstoris fieret Adjutor *Auth. de adjutor. Quæstor.* 35. Militia quoque Silentiariorum sacri palatii vendebatur, ut constat ex *l. omnimodo in fin. C. de inoff. testam.* Procop. in *Histor. arcana: Sunt in Imperatoria domo dignioris plane ordinis milites alii, quibus quo majori pretio militiæ nomina sibi comparant, eo major ab ærario publico solvitur pensio*. Cum autem venales essent hæ militiæ, quæ dignissimæ erant, dubitandum non est, multo magis venales fuisse militias Apparitorum, Scribarum. Militiæ etiam Ciceronis tempore vendi cœperant. Id ipse testatur in quinta in Verr. *Ad eos me scribas revoca, si placet: noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum bonis, ac de scenicorum corollariis, cum decuriam emerunt ex primo ordine explosorum in secundum ordinem Civitatis se venisse dicunt*. Et paulo post: *Mirabimur, turpes aliquos esse in eo ordine, quo cui-*

vis

vis pretio licet pervenire ? Scribæ autem erant digniores ceteris Apparitoribus. Igitur multo magis venales erant militiæ aliorum Apparitorum. Quapropter in lege, quam explicamus, jubetur liberto comparari militia, nempe militia Accenſorum, Præconum, Viatorum, & aliorum Apparitorum, cui fere ſolebant adſcribi libertini. Tacit. de libertinorum ordine lib. 13. *Hinc plerumque tribus, decurias, miniſteria Magiſtratibus, & Sacerdotibus, cohortes etiam in Urbe conſcriptas, & plurimis Equitum, pleriſque Senatoribus non aliunde originem trahi.* M. Tullius *ep. ad Q. Fratrem. Accenſus ſit eo etiam numero, quo eum Majores noſtri eſſe voluerunt, qui hoc non in beneficii loco, ſed in laboris, & muneris, non temere niſi libertis ſuis deferebant; quibus illi quidem non multo ſecus, ac ſervis ſuis imperabant.* Idem in *Orat. pro Cornel. Cajum Publicium Menandrum, libertinum hominem, apud majores Legatos in Græciam proficiſcentes interpretem ſecum habere voluiſſe.*

Reliqua jam proſequamur. Hæ militiæ in liberos, & hæredes transferebantur. Neque enim aſſentior doctiſſimo Connano, qui putat, pleraſque militias ad hæredes non potuiſſe tranſmitti, licet vendi poſſent, & obligari. Id enim, quod ſciam, nuſquam traditum eſt: imo
20 ſemper in Jure noſtro conjunguntur venditio, & legatum, ſeu tranſmiſſio ad hæredes *l. Lucius Titius* 22. *l. mortuo* 49. §. 1. *de legat.* 2. *l. fideicommiſſa* 11. §. *ſi ſervo ff. de leg.* 3. *l. omnimodo* 30. §. *ult. C. de inoff. teſt. Novell.* 35. *de adjut. Quæſt. Nov.* 53. *de exhibend. reis cap.* 5. *Nov.* 97. *de æqual. dot. cap.* 4. *l.* 7. *juncta l.* 11. *C. de prox. ſacr. ſcrin.* Neque cuiquam ſcrupulum injiciat, quod bis hæc duo disjunguntur in *l. ult. C. de pignor.* ibi: *Eam tamen, quæ vendi, vel ad hæredes ſub certa definitione tranſmitti poteſt:* & infra: *Militiam, quæ vendi, vel ad hæredes tranſmitti poteſt.* Disjunctio illa videtur ſignificare, diverſas fuiſſe militias, quæ vendebantur, a militiis, quæ ad hæredes tranſmittebantur. Sed non ita eſt: id enim ſignificatur illis verbis: *militiæ, quæ vendi poſſunt, vel ſi non ſint venditæ a vivo militante, ad hæredes ejus tranſmittuntur.* Ita explicat Juſtinianus in *l. omnimodo* §. *ult. C. de inoff. teſtam.* ibi: *Eo quod talis ſit militia ut vendatur; vel mortuo militante certa pecunia ad ejus hæredes perveniat.* Hac ſola lege evinci poteſt, militias, quæ vendebantur, ad hæredes tranſiiſſe. Præſertim quia hæc tranſmiſſio plerumque ſpecies quædam erat venditionis, ut modo explicabimus.

Doctiſſimo Viro, ut arbitror, impoſuit, quod putavit, militias ex caſu ad hæredes non potuiſſe tranſmitti, quod falſum puto. Nam hæ ipſæ erant, quæ ad hæredes tranſibant. Rem totam, ut potero, paucis explicabo. Militiæ, quæ ven- 21
di poterant, ad hæredes, & liberos tranſferebantur: ſed quia hæ militiæ deſiderabant operam, & miniſterium militantis, & ideo perſonæ cohærere dicuntur in *l.* 3. §. *ſi quid minori ff. de minor.* & huic miniſterio non ſemper hæres erat idoneus, idcirco loco hæredis minus idonei alius erat ſubrogandus idoneus: hic autem, qui ſubrogabatur defuncto vice hæredis, aut liberorum, ſolvebat hæredi certam pecuniæ ſummam, quæ vocabatur *caſus militiæ.* Conſtitutum id in *l. ſi quis in ſacris C. de prox. ſacror. ſcrin.* & conſtat ex *l. omnimodo* §. *ult. C. de inoff. teſtam.* & ex *Novell.* 97. *de æqualit. dot. cap.* 4. ibi: *& in hoc fiat pactum, ut caſu proveniente prior ſit ſolus, qui ad hoc pecuniam credidit, huic ſolo caſui cedere mulierem.* Caſus hic, erat illa pecunia, quam modo dicebamus. Et hoc ſignificat Juſtinianus in *l. ult. C. de pignor.* ibi: *Eam tamen, quæ vendi, vel ad hæredes ſub certa definitione tranſmitti poteſt.* Sub certa definitione tranſmittebatur, quia ſi hæredes eſſent idonei, & vellent militiæ adſcribi, ad ipſos pertinebat: ſin minus, caſum, ſeu certam illam pecuniæ ſummam percipiebant. Et infra *in ead. l. & poſt mortem eorum exige-*

ge-

gere, quod pro iisdem militis pro tenore communis militantium placiti, vel divinæ sanctionis tale præstantis beneficium, dari solet. Excipiebatur fisci patronus, quo mortuo, is, qui subrogabatur, nihil solvebat liberis defuncti *l. petitionem* 13. *vers. quando C. de advocat. divers. judicior.*

Duo sunt animadversione digna. Pri-
mum, quod hæc pecunia ad liberos pri-
mum perveniebat, etiamsi hæreditatem non
adiissent, non quidem titulo hæreditatis,
22 sed privilegii, itemque ad uxorem defun-
cti, postea vero ad eum creditorem, qui
ad emendam militiam pecuniam dederat,
ac denique ad alios creditores, quibus
militia erat pignori obligata. *Novell.* 53.
de exhib. reis cap. 5. *Nov.* 35. *de adjutor.
Quæstor. l. si quis in sacris* 11. *C. de prox.
sacror. scrinior.*

Alterum est, quod hæc pecuniæ sum-
ma tanta erat, quanta pro introitu dari
solebat *l. si quis in sacris* 11. *juncta l.
unicuique* 7. *C. de prox. sacr. scrinior.* ob-
23 servando, quod hæc ad illam refertur. Hæc
autem tanta erat, quanta vendi poterat
militia, *Novell. de adjut. Quæstor.* 35. Ita-
que ad hæredes pervenire solebat æstima-
tio ipsius militiæ, quæ ex casu diceba-
tur, quia quoties substituebatur alius in
locum alterius, ille loco cadere diceba-
tur. *d. Novell.* 35. Itaque casus dicebatur
pecunia, quæ dabatur his, qui loco ceci-
derant, ea ipsa de causa, quod ceciderant.

His expositis facilius possunt explica-
ri *l. mortuo bove* 49. §. 1. *in fin. ff. de le-
gat.* 2. *l. fideicommissa* 11. §. *si servo ff. de
legat.* 3. ex quibus constat, legata mili-
tia videri legatam ejus æstimationem.
24 Nam cum legatario persolvenda esset æ-
stimatio, si non esset idoneus, aut nol-
let militare, ut sæpe evenire solebat, æ-
stimatio ipsa legata videbatur. Et ideo
in *l. Lucius Titius* 22. *ff. de legat.* 2. ac-
curatus admodum fuit testator, qui mi-
litiam legavit, aut pecuniam, quæ ex
venditione ejus redigi posset.

Hinc etiam intelligimus cur in *l. libertis* §. *ab hæredibus ff. de alim. legat.* quam explicamus, testator non legaverit liberto militiam, sed voluerit ei militiam comparari. Nam cum vellet, libertum ex militia alimenta suscipere, noluit, ei persolvi æstimationem militiæ, sed rogavit Sejum, ut ei militiam emeret, nempe eam, cui esset idoneus, ut inde posset alimenta percipere, in quorum locum ibi militia subrogatur.

Atque ut apertius hoc sit, eademque
opera plenam, atque perfectam harum mi-
litiarum cognitionem assequamur, adhuc
pauca de his subjicienda sunt. His om- 25
nibus militibus certum salarium erat con-
stitutum, quod ipsis de publico solveba-
tur. Plin. *lib.* 31. *cap.* 7. *Sal honoribus
etiam, militiæque interponitur: salariis
inde dictis, magna apud Antiquos aucto-
ritate, laborumque requies non alio magis
vocabulo constat.* Veteres glossæ *annonam,
salarium* interpretantur. Constabat enim
salarium frumento, vino, oleo, carne,
rebusque omnibus, quæ alendo homini
sunt necessariæ. Epistola Valeriani de sa-
lario Claudii Tribuni: *Huic salarium de
nostro privato ærario dabis annuos frumen-
ti modios tria millia. Vini veteris sexta-
rios tria millia quingentos. Olei boni sex-
tarios centum quinquaginta &c.* Alia epist.
ejusd. de salario Probi Tribuni: *Huic da-
ri jubebis in salario diurno bubulæ pon-
do; porcinæ pondo sex, caprinæ pondo
decem &c.* Et de salario Aureliani: *Sin-
ceritas tua supradicto viro efficiet, quam-
diu Romæ fuerit, panes militares quadra-
ginta: vini mensalis sextarios quadraginta:
porcellum dimidium: gallinaceos duos &c.*

Qui cum potestate, aut legatione in
Provincias proficiscebantur, salarium hoc
accipiebant. Cicer. *in Verr. lib.* 4. in princ.
*Neminem, qui cum potestate, aut legatione
in Provinciam esset profectus, tam amen-
tem fore putarunt, ut emeret argentum;
dabatur enim de publico: ut vestem; præ-
bebatur enim legibus. Mancipium putave-* 26
*runt; quo & omnes utimur, & non præ-
betur a Populo. Sanxerunt, ne quis emeret
mancipium, nisi in demortui locum.* A-
scon.

scon. in *Divinat.* ea Ciceronis verba: *frumentum in cellam*: interpretatur frumentum in usus cellæ: hoc est, annonam Prætoris, quæ in frumenti certo numero præbebatur a provincialibus. Ex hac annona Prætor salarium solvebat suis Apparitoribus, nec supra eam aliquid a provincialibus exigere poterat. *l. det operam 3. C. Theod. de offic. judic. omn.* Nec solum Apparitoribus, & Dignitatoribus, sed & ceteris adminiculis cunctarum dignitatum, & iis, qui in sacro palatio, & sacris scriniis militabant, annona præstabatur. *l. annonas omnes 35. C. Theodos. de erogat. milit. ann. l. scriniis 7. & l. & olim 11. C. Theod. de palatin.* Ammian. Marcellin. *lib. 22. Evenerat iisdem diebus, ut ad demendum Imperatoris capillum tonsor venire praeceptus, introiret quidam ambitiose vestitus. Quo viso Julianus obstupuit. Ego, inquit, non rationalem jussi, sed tonsorem acciri. Interrogatus tamen ille, quid haberet ex arte compendii: vicenas diurnas, respondit, annonas, totidemque pabula jumentorum, quæ vulgo dictitant capita, & annuum stipendium grave, absque fructuosis petitionibus multis. Unde motus, omnes hujusmodi cum cocis, similibusque aliis eadem accipere pene consuetos, ut parum sibi necessarios, data, quo velint, eundi potestate, projecit.* Lamprid. *in Alex. Aulicum ministerium in id contraxit, ut essent tot homines in singulis officiis, quot necessitas postularet: ita ut annonas, non dignitatem, acciperent fullones, & vestitores, & pistores, & pincernæ, omnes castrenses ministri, quemadmodum pestis illa instituerat; sed annonas singulas, vel binas.* Et paulo post: *Medicus sub eo unus palatinus salarium accepit, ceteri omnes, qui usque ad sex fuerunt, annonas binas, aut ternas accipiebant, ita ut mundas singulas consequerentur, alias aliter.* Annonas, id est, *panes*, ut recte interpretatur doctissimus Salmasius: nam annona in numero singulari significat frumentum, vinum, oleum, carnem, & alias ejusmodi cellarienses species; in numero vero multitudinis significat panes. Et ideo hic opponuntur salarium, & annonæ. Quamquam etiam in numero multitudinis videntur aliquando continere omnes species annonarias, ut in *l. 10. 12. 13. 17. 19. 20. 22. 27. 28. 29. 31. 32. 34. 35. & ult. C. Theodos. de erogat. milit. annon.* Antiquariis etiam ad componendos, reparandosque Bibliothecæ Codices Valens Imperator annonas populares caducas jubet impertiri *l. 2. C. Theodos. de Stud. liberal. Urb. Rom.* & Magistros liberalium artium, Grammaticos, Oratores, Jurisconsultos, annonas accepisse testatur Cassiod. *lib. 9. form. 21.* faciunt ad rem quæ idem tradit *lib. 6. form. 22. & lib. 12. form. 15.*

Hæc perspicue scribere, atque enodata diligenter exponere de re obscura, atque difficili, & in vulgus non pervulgata, operæ prætium duximus ad explicationem nostræ legis, in qua de militia agitur liberto comparanda. Nunc ad propositum revertamur: totum illud concludi sic licet. Multa concurrunt simul, qui conjecturam hanc facere possimus, ibi militiam pro alimentis legatam fuisse. Libertis a patrono relinqui solebant alimenta. Militia comparanda erat ex eo tempore, cum amplius non deberet morari cum Sejo. Militia legatis annuis comparatur, cum sit ejus annuum stipendium: legata autem annua videntur relicta pro alimentis. Ex militia libertus consequitur salarium, annonam, hoc est, ea, quæ ad ipsum alendum requiruntur. Nam licet in *l. annonas 15. C. de erogat. milit. ann.* jubeantur adærari annonæ; tamen olim in frumento, vino, oleo, &c. solvebantur, ut probavimus. Dubitandum igitur non est, ibi legato militiæ contineri alimenta, & favore alimentorum certam ætatem non facere conditionem. Quod demonstrandum proposuimus.

CA-

Caput XVIII.

AD L. SED ET SI SUSCEPIT 52. §. 1. *ff. de judic.*

SUMMARIUM.

I. Legatum ubi præstandum?
II. Quantitas certo loco circumscripta vicem gerit certi corporis.
III. Legata tessera frumentaria videtur legata æstimatio. & n. 9.
IV. Frumentum Populo distributum, & qui præessent frumentationi.
V. Panis distributio: quo loci, & quibus fieret?
VI. Tessera frumentariæ quid: & qua de causa instituta?
VII. Panis quotidie accipiebatur: frumentum singulis mensibus.
VIII. Tesseræ extraordinariæ quæ, & quando datæ?
IX. Tesseræ in commercio erant.
X. Tesseræ legatum non extinguitur, si quis tesseram consequatur titulo lucrativo: & quare.
XI. Tempore Veterum Jurisconsultorum Romæ solummodo frumentatio.
XII. Postea etiam alibi.

ULpianus in *l. sed & si susceperit* §. 1. *ff. de judic.* ait: *Si libertis suis tesseras frumentarias emi voluerit: quamvis major pars hæreditatis in Provincia sit, tamen Romæ debere fideicommissum solvi dicendum est, cum apparet, id testatorem sensisse ex genere comparationis.* Diximus supra de militiis, nunc aliquid dicendum de tesseris frumentariis, ut & aliis multis Juris nostri legibus, & huic præsertim aliquam lucem afferamus, in qua explicanda nihil omnino viderunt veteres Juris Interpretes, Jurisprudentiæ antesignani.

Cum quæritur ubi præstandum sit le-
1 gatum, hoc primum constituitur, ibi præstandum esse, ubi testator voluit *l. cum res* 47. *ff. de leg.* 1. Quod si non constet de voluntate testatoris, distinguitur hoc modo. Si legata sit certa species, veluti certus equus, Stichus, Aretusa; legatum præstandum est ubi sita est illa certa species, nisi dolo hæredis alio translata sit. *l. quod legatur* 38. *in princ. ff. de judic. l. sed & si* §. *si ea res ff. eod. l. cum res legata* 47. *in princ. ff. de legat.* 1. Idemque dicendum, si legata sit quantitas certo loco circumscripta *d. l. quod legatur vers. si adjectum ff. de judic. l. cum res* §. 1. *ff. de legat.* 1. nam quantitas certo loco circumscripta consideratur tamquam certum
corpus *l. sed si certos* 51. *ff. de legat.* 1. *l.* 2
plane §. *sed si non corpus cum seq. ff. eod. l. in ratione* 30. §. *certis ff. ad Leg. Falcid.* Quod si quantitas legata sit, hoc est, res numero, pondere, mensurave constans, nullo loco circumscripta, aut genus aliquod, præstandum est legatum ubi est hæreditas, vel major ejus pars *d. l. quod legatur* 38. *juncta l. si fideicommissum* 50. *ff. de judic. l. cum res* 47. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. un. C. ubi fideic. pet. oport.*

Legatum tesseræ frumentariæ, magis in quantitate, quam in corpore consistit *l. Titia Sejo in princ. ff. de legat.* 2. & cui
tessera legatur, æstimatio legata videtur 3
l. mortuo bove 49. §. 1. *ff. de legat.* 2. Itaque hoc legatum videretur præstandum ubi est major pars hæreditatis. Contrarium tamen respondit JCtus in nostra lege: ait enim hoc legatum Romæ præstandum, etiamsi major pars hæreditatis sit in Provincia: quia apparet, id sensisse testatorem ex genere comparationis. Quorsum hæc pertineant, explicandum est, ne cum veteribus Juris Interpretibus existimemus, tesseram frumentariam esse genus vasis, quod Romæ solum in usu esset.

Institutum Romæ vetus fuit, ut ad infimam Plebem alendam frumentum publico sumptu distribueretur, quemadmodum alias diximus: quo alludit text. in *l.* 2. *in princ. ff. de nundin. & in l.* 1. §. 1.
in fin. ff. de mun. & bonor. Cogitavit ali- 4
quando Augustus has publicas frumentationes in perpetuum abolere, quod earum fiducia cultura agrorum cessaret, non tamen perfecit, quia certum habebat, posse per ambitionem quandoque restitui, teste Sueton. *in August. cap.* 42.

Stante adhuc Republica ab Ædilibus frumentum distribuebatur. Cæsar duos Ædiles Cereales constituit, qui frumento dividendo præessent *l.* 2. §. *capta* 32. *ff. de Origin. Jur.* Augustus Præfecturam annonæ suscepit, & Duumviros frumenti dividendi creavit, ut refert Dio Cass. *lib.* 54. & Sueton. in *August. cap.* 37. Præfectus annonæ etiam ante interitum Reip. creatus fuerat, sed non nisi extra ordinem urgente annonæ caritate; quare a Pomponio dicitur, eum non esse Magistratum, sed extra ordinem constitutum in *l.* 2. §. *& hæc omnia* 33. *ff. de Orig. Jur.* Frequens ejus in Jure nostro mentio, ut in *l.* 1. §. *sed ex contrario ff. de exercit. action. l. ult. ff. quod cum eo qui in alien. pot. est. l. mulierem ff. de accusat. l. ult. ff. ad Leg. Jul. de annon.* Ejusdem meminit Justinianus in *Novell.* 88. *de deposit. cap.* 2. Erant & Curatores annonæ *l. Imperatores* §. *in locum ff. de appellat.* Nisi forte ibi Curator annonæ dicitur ipse Præfectus annonæ, cum ibi constet, unicum fuisse. Curatores autem annonæ videntur fuisse, qui ad coemendum frumentum, & alias species mittebantur *l. ult.* §. *cura ff. de muner. & honor. l. Lucius* 21. *ff. ad municipal. l. ex facto* 30. *ff. de negot. gest.* Frumentarii vero erant, qui Populo frumentum admetiebantur. Extat illud Lucilii

Frumentarius est, medium hic secum, atque rutellum
Unum habet.

Et quia opus hoc plenum laboris erat, idcirco Marcus, & Commodus Imperatores rescripserunt, hos a tutelis excusari *l. mensores* 26. *ff. de excusat.*

Aurelianus Imperator pro frumento panes dividere cœpit. Vopisc. *in Aurel. Aurelianum eo tempore, quo proficiscebatur ad bellum Orientale, bilibres coronas Populo promisisse, si victor rediret. Et cum aureas Populus speraret, neque Aurelianus aut posset, aut vellet, coronas eum fecisse de panibus, qui nunc siliginei vocantur, & singulis quibusque donasse, ita ut siligineum suum quotidie toto ævo suo, & unusquisque reciperet, & posteris suis dimitteret. Nam idem Aurelianus & porcinam carnem Populo distribuit, quæ hodieque dividitur.* Et paulo infra: *Statuerat & vinum gratuitum Populo Romano dare, ut quemadmodum oleum, & panis, & porcina gratuita præberentur, ita etiam vinum daretur.* Erant igitur hi panes bilibres, quibus postea unciam addidit de Ægyptio vectigali, ut idem gloriatur in epistola adræfealimct annonæ Urbis. Addiderunt & alii uPas uncias, alii ademerunt. Imperat. Valentin. in *l.* 8. *C. Theodos. de pane gradil. Civis Romanus, qui in viginti panibus sordidis, qui nunc dicuntur Sardinienses, quinquaginta uncias comparabat, triginta & sex uncias in buccellis sex mundis sine pretio consequatur.*

Vocabantur hi panes civiles *l. ult.* §. *ult. C. de jur. dot. l. ult. C. de quadr. præscr.* seu civiles annonæ *l. jubemus* 14. *C. de Sacros. Eccles. l. un.* §. *cum autem in fin. C. de rei uxor. action. l. hac edictali* §. *his illud C. de secund. nupt. Novell.* 88. *de deposit. cap.* 2. Annona enim in numero multitudinis panes significat. Appellabantur etiam *panis gradilis*, quia in gradibus distribuebatur *l.* 2. *l.* 3. *&* 4. *& tot. tit. C. de annon. civ. & pan. gradil.* An in gradibus Amphitheatri, vel Circi maximi distribueretur, non satis constat. Multitudo accipientium Circo maximo potius convenire videtur, quam Amphitheatro: idque non obscure videtur indicare Ammian. Marcell. *lib.* 28. qui infimam Plebem sic incusat: *Hi omnes, quod vivunt, vino, & tesseris impendunt, & lustris, & voluptatibus, & spectaculis, eisque templum, & habitaculum, & concio, & copia eorum, & spes omnis Circus est maximus.* Hac de re disputat accurate Salmas. *in Vopisc. Aurelian.* ubi etiam notat, Heraclio imperante, sublatam fuisse hanc erogationem civilium annonarum.

Non tamen omnes Cives hoc frumentum,

tum, aut panes accipiebant, sed tenuiores tantummodo, quorum nomina in tabulis publicis incidebantur. Senec. *lib.* 4. *de Benef. cap.* 28. *Frumentum publicum tam fur, quam perjurus, & adulter accipiunt, & sine discrimine morum quisquis incisus est*. Sueton. *in Cæsar. cap.* 41. *Recensum Populi nec more, nec loco solito, sed vicatim per dominos insularum egit, atque ex viginti trecentisque millibus accipientium frumentum e publico, ad centum quinquaginta retraxit. Ac ne qui novi cœtus recensionis causa moveri quandoque possent, instituit quotannis in demortuorum locum, ex his, qui recensiti non essent, subsortitio a Prætore fieret*. Plin. *in Panegyr. ad Trajan. Datum est iis, qui post Edictum tuum in locum erasorum subditi fuerant, æquatique sunt ceteris illi etiam, quibus non erat promissum*. Et paulo infra: *Tu ne rogari quidem sustinuisti, & quamquam lætissimum oculis tuis esset conspectu Romanæ sobolis impleri, omnes tamen antequam te viderent, recipi, incidi jussisti, ut etiam inde ab infantia parentem publicum munere educationis experirentur*. Et deinde: *Dent tibi, Cæsar, ætatem Dii, quam mereris, serventque animum, quem dederunt, & quanto majorem infantium turbam iterum atque iterum incidi jubebis?* Lamprid. *in Antonin. Diadum Vellem, Quirites, jam præsentes essemus. Antoninus vester vobis congiarium sui nominis daret. Daret præterea & pueros Antoninianos, & puellas Antoninianas, quæ tam grati nominis gloriam propagarent*. Recte Salmasius emendat: *incideret præterea*.

Qui incisi erant tesseram frumentariam accipiebant; nempe signum quoddam in sphærula lignea, vel lignea tessera, quam καλαμον & καλάμιον Græci vocant, & Justinian. in *Novell.* 88. *cap.* 2. ψήφους has
6 tesseras vocat. A Xiphilino dicuntur *parvi orbes lignei inscripti*. Distribuebat hasce tesseras Annonæ Præfectus *d. Novell.* 88. *cap.* 2. ἢ ϗ ψήφους ποριζομένους παρὰ τοῦ τῶν ἀννώνων ὑπάρχου, hoc est, *& tesseras accipiunt a Præfecto annonæ*. Acceptis tesseris, iisque ostensis frumentum accipiebant, quod ipsis frumentarii mensores admetiebantur: aut accipiebant panem, eo tempore, quo panis distribui cœpit. Hinc apud Themist. *Orat.* 4. καλαμηφορεῖν illi dicuntur, qui panem, aut frumentum accipiebant, qui id accipere non poterant, nisi tesseram attulissent, ac protulissent.

Sciendum autem est, quod panis quo- 7
tidie distribuebatur, ut constat ex superioribus, unde a Græcis, & Latinis panis, ac cibus diurnus appellabatur, & quidem primo mane: quare a Themistio *in d. Orat.* 4. dicuntur matutini tesseras ferre, qui panem accipiebant. At vero frumentum singulis mensibus dividebatur, & tesseræ dabantur. Sueton. *in August. cap.* 40. *Ac ne plebs frumentationum causa frequentius a negotiis avocaretur, ter in annum quaternum mensium tesseras dare destinavit, sed desideranti consuetudinem veterem concessit rursus, ut sui quisque mensis acciperet*. At Valentinianus, & Valens Imperatores tesseras sustulerunt, & constituerunt ut pro tesseris titulus æneus in gradibus figeretur, in quo nomen percipientis, & panis modus incideretur *l. Cives Romanos* 5. *in fin. C. Theodos. de annon. civic. & pan. gradil.*

Illud etiam monendum est, hasce tesseras aut ordinarias fuisse, aut extra ordinem. Ordinarias appello eas, quæ dabantur illis, qui in tabulis publicis incisi erant, & adscripti in numerum accipientium frumentum, de quibus hactenus diximus. Extra ordinem appello eas, 8
quæ inter missilia a Consulibus, & Imperatoribus conjiciebantur in vulgus. Sueton. *in Neron. cap.* 11. *Sparsa & Populo missilia omnium rerum per omnes dies: singula quotidie millia avium cujusque generis, multiplex penus, tesseræ frumentariæ, vestis, aurum, argentum, gemmæ, margaritæ, tabulæ pictæ, mancipia, jumenta, atque etiam mansuetæ feræ, novissime naves, insulæ, agri*. Immanis hæc Neronis

nis prodigentia. Spargebant & Consules missilia in vulgus §. *hoc amplius Inst. tit. de rer. divis. l. qua ratione* §. *hoc amplius ff. de acquir. rer. dom. l. nec emptio* §. *aliquando ff. de contr. empt.* & in his tesseras omnis generis. Sustulit hanc sparsionem Marcianus Imperator in *l.* 2. *C. de Consul.* Restituit eam Justinian. *Nov.* 105. *de Consul. cap.* 2. Sustulit eam Leo Imperator *Novell.* 94. Constantinus Magnus in suo Consulatu tesseras projecit, quibus Populo diurnos panes per singulos annos, & vinum, & oleum, & carnem largitus est, quibus multis annis Populo frui datum est, teste Codino, & Suida. Aliquando etiam Imperatores congiarii nomine frumentum Populo dividebant. Sueton. *in Cæsar. cap.* 38. *Populo præter frumenti denos modios, ac totidem olei libras, trecentos quoque nummos, quos pollicitus olim, viritim divisit, & hoc amplius centenos pro mora*. Id. *in August. cap.* 41. *Frumentum quoque in annonæ difficultate sæpe levissimo, interdum nullo pretio viritim admensus est, tesserasque nummarias duplicavit*; fortasse, *frumentarias*.

Tesseræ frumentariæ vendi poterant, ut testatur Juvenalis illo versu:

Summula ne pereat, qua vilis tessera
venit Frumenti.

9 Et annonas vendi potuisse constat ex *l. hac edictali* §. *illud C. de sec. nupt. ex l.* 1. *C. de annon. civil.* Itaque in nostra *l. sed & si suscepit* 52. §. 1. *ff. de judic.* testator libertis suis tesseram frumentariam emi voluit. Quoniam vero in tessera non consideratur orbiculus ille ligneus, cujus nullus est valor, si ex se consideretur; sed frumentum, quod tessera illa consequi possumus, seu æstimatio ejus; idcirco tesseræ fideicommissum non tam in corpore, quam in quantitate consistit *l. Titia Sejo* 87. *in princ. ff. de leg.* 2. & tessera legata, ejus æstimatio videtur legata *l. mortuo bove* 49. §. 1. *ff. eod. tit.* Quamobrem licet legatum extinguatur, quoties legatarius ex causa lucrativa rem legatam consequitur §. *si res aliena Inst. tit. de legat. l. nutu* §. 1. *ff. de legat.* 3. *l. si servus* 108. §. *Stichum* 4. *ff. de legat.* 1. *l. omnes* 17. *ff. de oblig. & act.* hoc tamen legatum non extinguitur, si legatarius tesseram 10 frumentariam ex causa lucrativa habere cœperit *l. Titia Sejo* 87. *in princ. ff. de legat.* 2. Est enim diversa ratio speciei, & quantitatis. Species certa est, & semel tantum præstari potest, & iniquum est eam rem petere, quam sine ullo tuo incommodo jam obtinuisti. Quantitas totum genus comprehendit, & bis præstari potest, & petitur alia quantitas, non ea, quam quis est consecutus *l. plane* 34. §. *sed si non corpus ff. de legat.* 1. *l. Mævius ff. de legat.* 2. Itaque recte concurrunt duæ causæ lucrativæ, quia non concurrunt in eamdem rem: non est enim corpus idem, non eadem species, licet sit eadem quantitas.

Superest ut explicemus cur hoc legatum sit Romæ præstandum. Legatum præstandum est ubi testator voluit *l. cum res* 47. *ff. de legat.* 1. vel ubi verisimile est eum voluisse *d. l. cum res.* Qui legat tesseram frumentariam, vult Romæ præsta- 11 ri legatum. Apparet, id sensisse testatorem ex genere comparationis *d. l. sed & si suscepit* §. 1. *ff. de judic.* Quid ita? Quia tessera frumentaria Romæ solummodo comparari potest, quia Romæ solummodo frumentatio. Recte Appian. τὸ σιτηρέσιον ἐν μόνῃ τῇ Ῥώμῃ τοῖς πένησι χορηγούμενον, *frumenti distributio solum Romæ pauperibus fiebat*. Non ignoro, Trajanum multa elargitum fuisse ad alendos liberos etiam in Italia. Refert enim Dio, eum multa gratificatum fuisse Civitatibus in Italia ad liberorum educationem. Et Spartianus memoriæ prodidit, Julianum alimentorum curam in Italia meruisse. Et Capitolin. *in Pertin. Post in Mœsia rexit alam, deinde alimentis dividendis in via Æmilia procuravit*. Sed hæc in Italia præstabantur, non in Provinciis, & puerorum alendorum gratia, quod

au-

auctum postea est a Constantino, qui parentibus egenis ad filios alendos ubique publica alimenta præstari jussit *l. 1. & 2. C. Theod. de aliment. quæ inop. parent.*

Hæc autem obtinebant tempore veterum Jurisconsultorum. Etenim Constantinus ædificata Constantinopoli frumenta-
12 tionem ibi instituit, & ad Urbem amplificandam ædibus annonas adsignavit, quæ ædes sequebantur *l. 1. l. annonas 11. l. si quæ speciatim 12. cum seqq. C. Theodos. de annon. civic. & pane gradil.* Præterea in suo Consulatu tesseras sparsit, ut supra diximus. Et de annonis, quæ hominibus debebantur, agitur in *l. 8. C. Theod. de annon. civic.* Itaque Socrates refert, Constantinum Constantinopoli octoginta millia modiorum quotidie distribuisse, quæ Constantinus ejus filius ad quadraginta millia redegit, iratus propter Hermogenis necem Socrat. *lib. 2. histor.* Immensa profecto summa frumenti, nisi eam de panibus interpretari malimus: non tamen id est incredibile, cum paulo minor summa referatur ab Ælio Spartiano *in vita Severi. Moriens septem annorum canonem, ita ut quotidiana septuaginta quinque millia modiorum expendi possent, reliquit.* Idem Constantinus Alexandriæ etiam frumentationem instituit, ut refert Idem Socrat. Et Julianus frumenti modum assignavit Antiochenis, ut ipse testatur in *Misopog.* Omitto, quod Puteolanis quoque ad alendos pauperes annua centum & quinquaginta millia modiorum erant assignata. Itaque his temporibus ex genere comparationis non potuisset apparere, testatorem voluisse legatum tesseræ Romæ præstari, quemadmodum constabat tempore Ulpiani Jurisconsulti ex *d. l. sed & si §. 1. ff. de judic.*

CAPUT XIX.

AD L. PATRONUS

35. in princ. ff. de legat. 3.

SUMMARIUM.

I. Quid sit emere tribum?
II. Tribus, & tribules qui?
III. Cur tenuiores homines tribus nomine vocarentur?
IV. Tribus nomen quot modis accipiatur: & quomodo hic accipiendum.
V. Cur Patroni libertis tribum compararent.
VI. Quæ essent commoda tribus.
VII. Quæ Principum liberalitates. Congiarium Populo datum.
VIII. Legata Principum.
IX. Eorumdem donationes.
X. Clarissimi sunt Senatores.
XI. Quando legatum debeatur quod quis capere non potest.
XII. Legata tribu, videtur legata æstimatio: & quare?

Alia semper ex aliis occurrunt. Dictum de tesseris frumentariis: dicendum aliquid de tribu, ad explicationem *l. patronus 35. in princ. ff. de legat. 3.* in qua exponenda meras nugas garriunt Veteres Interpretes, non quidem sua, sed sæculi culpa. Quis enim eorum scientiam, atque doctrinam assequi se posse confidat? Verba legis hæc sunt: *Patronus liberto statim tribum emi petierat. Libertus diu moram ab hærede patroni passus est, & decedens hæredem reliquit clarissimum Virum. Quæsitum est, an tribus æstimatio hæredi ejus debeatur. Respondit, deberi. Idem quæsiit, an & commoda, & principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu usque in diem mortis suæ consecuturus fuisset, si ei ea tribus secundum voluntatem patroni sui tunc comparata esset; an vero usuræ æstimationis hæredi ejus debeantur. Respondi, quicquid ipse consecuturus esset, id ad hæredem suum transmittere.* Tria hic explicanda. Quid sit tribum emere: quæ sint commoda, & prin-

principales liberalitates: cur proponatur institutus Vir clarissimus.

A primo ordiamur. Tribus emptas fuisse, quantum meminerim, apud Lati-
1 nos Auctores nusquam legi. Itaque quod potui conjectura consequi, id exponam, & opinionem meam Doctorum judicio subjiciam, non ut eos in meam sententiam traham, sed ut incitem ad indagandam veritatem. Existimo igitur, emere tribum eadem significatione dici, qua *emere decuriam* dixit Cicer. 3. *in Verrem.* Verba Ciceronis sunt: *Ad eos me scribas revoca. Noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum donis, ac scenicorum corollariis cum decuriam emerunt, ex primo ordine explosorum, in secundum ordinem Civitatis se venisse dicunt*. Primus ordo explosorum, tribus; secundus ordo Civitatis, decuriæ scribarum. Sueton. *in August. cap.* 57. *Veterani, decuriæ, tribus, atque etiam singulatim e cetero genere hominum libentes, ac pro facultate quisque pecunias contulerunt*. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Hinc plerumque tribus, decurias, ministeria Magistratibus, &c.* Loquitur autem de libertinis. Erant enim scribæ in decurias divisi. Sueton. *in Claud. cap.* 1. *Corpus ejus per Municipiorum, Coloniarumque Primores, suscipientibus obviis scribarum decuriis, ad Urbem devectum*. De his decuriis mentio fit in *l. mortuo ff. de fidejuss.* in *l.* 3. §. *a municipibus ff. de bonor. possess.* in *l. si quis mihi* 25. §. 1. *ff. de acquir. vel om. hæred.* Quemadmodum igitur decuriam emere dicebantur, qui pretio adscribebantur decuriis scribarum: ita tribum emere dicebantur, qui pretio adscribebantur tribubus; hoc est, recensebantur inter Cives frumentum de publico accipientes, & inserebantur numero Civium, quibus publica alimenta ministrabantur.

Tribus nomen etsi ad omnes pertineret; sæpe tamen ad demonstrandam infi-
2 mam Plebem, & eos, qui publica liberalitate sustentabantur, Veteres usurpabant, & a Populo distinguebant. Sueton. *in August. cap.* 101. *Legavit Populo Rom. quadringenties, tribubus tricies quinquies H. S.* Non ignoro Lipsium in *Elect. cap.* 12. *lib.* 1. emendare *tribulibus*. Sed necesse non est: nam & Plin. in *panegyr.* distinguit. *Nisi vero leviter attingi placet locupletatas tribus, datumque congiarium Populo*. Martial. *lib.* 8. *ep.* 15.

Dat Populus, dat gratus Eques, dat
thura Senatus,
Et libant Latiæ tertia dona tribus.

Claudian. in VI. *Consul. Honor.*

— tecum prælarga vocavit.
Ditandas ad dona tribus.

Plin. *in Panegyr.* de pueris frumentationi adscriptis. *Ex his castra, ex his tribus replebuntur, ex his quandoque nascentur, quibus alimentis opus non sit*. Ascon. *in Milon.* de Milone Consulatum petente: *Aperte quoque tributim in singulos millia assium dedit*. Hinc sæpe dicuntur tribules pauperes homines. Horat.

Ut cum pileolo soleas conviva tribulis.

Martial. *lib.* 9. *ep.* 50. de toga lacera, ac detrita:

Nunc anus, & tremulo vix accipienda tribuli.

Et alibi:

Nec pallens toga mortui tribulis.

Qua de causa id factum existimem, paucis aperiam. Erant tribus urbanæ, erant & tribus rusticæ. Urbanæ tribus erant Suburana, Esquilina, Collina, Palatina. Urbanæ tribus per excellentiam tribus appellabantur: tum quia erant partes ipsius Urbis, rusticæ vero partes agri Romani: tum quia initio nobiliores erant, & in illis adscripti, qui Urbem incolebant.

bant. Cum autem postea nobiles homines in tribus rusticas transcriberentur, & Fabius Censor omnem forensem turbam excretam in quatuor tribus urbanas conjecisset, cœpit ignominiæ, ac probro es-
3 se in his tribubus censeri: in his enim solummodo humiles homines, ac pauperes, & libertini censebantur, ut constat ex historia Romana. Quo factum, ut tribus nomine id genus hominum sæpe significaretur: maxime quia hæc turba dicebatur *sine nomine*. Eleganter Manil. *Astron. lib.* 5. *sub finem*: Populum Romanum dividens primum nominat Patres, secundo Equestrem Ordinem, tertio Populum: atque his addit vulgus iners, & sine nomine turbam, quæ ideo generali nomine tribus appellabatur. Quare etiam Plebs, aut Plebs urbana appellabatur, licet Plebis nomen omnes comprehenderet præter Patritios, & Senatores. Sæpe eam sic appellat Cicero, veluti pro *Milon.* & *in Rull.* & Sallustius *in conjurat.* & sæpissime Tacitus.

Cetera prosequamur. Apposite Gellius nos monet *lib.* 18. *cap.* 7. tribum, & pro loco, & pro jure, & pro hominibus dici. Pro jure certe accipitur in nostra le-
4 ge, quam explicamus. Et quod jus erat tempore Scævolæ Jurisconsulti, quo tempore Populus suffragium amplius non ferebat? nullum certe aliud, quam percipiendi publica alimenta, & commoda, & Principum liberalitates, ut indicat in *d. l.* Jurisconsultus. Itaque sic concludi licet. Tribus nomen præcipue conveniebat tenui, atque humili turbæ, quæ publica liberalitate pascebatur. Tribus nomen significat jus illud, quod in tribus descripti obtinebant. Nullum fere aliud jus tribuum erat eo tempore, quam percipiendi publica alimenta. Ergo tribum emere significat inferi numero Civium, qui publica liberalitate fruebantur: seu emere jus illud percipiendi publica emolumenta. Neque enim omnes Cives hæc percipiebant, sed illi solum, qui in tabulis publicis incisi erant.

Curabant autem Patroni, ut liberti sui hoc jus consequerentur, vel ut ipsi perciperent emolumentum, vel ut liberti alimenta. Tacit. *lib.* 13. *Annal.* de libertinis. *Quippe late fusum id corpus: hinc plerumque tribus, decurias, ministeria Magistratibus, & Sacerdotibus, cohortes etiam in Urbe conscriptas.* Itaque notat Dionys. Halicarn. *lib.* 4. multos hac de causa manumissos fuisse, ut frumentum menstruum publice distributum, & Principum liberalitates consequerentur, idque totum pa- 5
troni lucrarentur. Et Sueton. *in August. cap.* 41. *Cum proposito congiario multos manumissos, insertosque Civium numero comperisset, negavit accepturos, quibus promissum non esset.* Observa, non solum manumissos, sed etiam insertos Civium numero: eorum scilicet, qui congiarium erant accepturi. Antoninus autem Philosophus etiam pueros, & puellas libertinorum inseruit. Sic enim interpretor verba Capitol. *in ejus vita*: *Ob hanc conjunctionem pueros, & puellas novorum hominum frumentariæ perceptioni adscribi præceperunt.* Novos homines eleganter appellat libertinos: nam antequam manumitterentur, homines non erant; certe tamquam homines non considerabantur cum servi essent, qui pro nullis habentur *l. quod attinet ff. de Reg. Jur. l.* 1. *ff. de jure deliber. l. nullo* 7. *ff. ad Leg. Corn. de fals. l. intercidit* 59. *in fin. ff. de cond. & dem.* Antea Trajanus pueros frumentariæ perceptioni adscribi jusserat, sed solum purioris sanguinis, & ex quibus aliquando nasci possent, qui alimentis non indigerent, ut refert Plinius. Antoninus autem etiam pueros, & puellas libertinorum adscribi jussit. Non ignoro, magnam esse inter Doctissimos Homines dissensionem, & a plerisque hunc locum emendari, ideo meam sententiam exposui. Ad rem redeo. Libertinos accepisse frumen- 6
tum ostendit illud Persii:

Libertate opus est, non hac, ut quisque Velina

Pu-

Publius emeruit, scabiosum tesserula far
Possidet.

Non ante tamen accipiebant, quam in aliquam tribum relati essent. Quare non sine causa Persius addidit *Velina*, quod est nomen tribus; & eadem de causa patronus in nostra lege tribum liberto comparari jubet.

Veniamus jam ad id, quod secundo loco proposuimus explicandum. Commoda tribus erant frumentum, oleum, caro, quæ ex publica liberalitate percipiebat infima Plebs, ut exposuimus capite superiore.

Inter Principum liberalitates primum recenseo congiarium, quod frequenter a
7 Principibus Populo dabatur. Sueton. *in*
Cæsar. cap. 38. *Populo præter frumenti denos modios, ac totidem olei libras, trecenos quoque nummos, quos pollicitus olim, divisit: & hoc amplius, centenos pro mora.* Id. *in Aug. cap.* 41. *Congiaria Populo frequenter dedit, sed diversæ fere summæ: modo quadringenos, modo tricenos, nonnunquam ducenos, quinquagenosque nummos.* Spartian. *in Hadrian. Ad comprimendam de se famam congiarium duplex præsens Populo dedit: ternis jam per singulos aureis se absente divisis.* Lamprid. *in Alex. Sever. Congiarium Populo ter dedit: donativum militibus ter: carnem Populo addidit.* De eodem testatur Dio, eum, cum decennalia imperii celebraret, prætorianis militibus, & Populo, frumentum accipienti, decem aureos viritim divisisse. Lamprid. *in Commod. Congiarium dedit Populo, singulis denarios septingenos vicenos quinos.* Hæc exempli causa decerpsimus, sed his plena est Historia.

Secundo recenseo legata Principum. Sueton. *in Cæs. cap.* 83. *Populo hortos circa*
8 *Tiberim publice, & viritim trecenos sestertios legavit.* Id. *in Aug. cap.* 101. *Legavit Populo Rom. quadringenties, tribubus tricies quinquies H. S.* Id. *in Tiber. cap. ult. Dedit & legata plerisque, inter quos Virginibus Vestalibus, ac militibus universis, Plebique Rom. viritim, atque separatim vicorum Magistris.*

Denique erant & quædam donationes extra ordinem. Suet. *in Aug. cap.* 40. *Comitiorum quoque pristinum jus reduxit, ac multiplici pœna coercito ambitu Fabianis,*
& Seaptiensibus, tribulibus suis, die co- 9
mitiorum, ne quid a quoquam candidato desiderarent, singula millia nummum a se dividebat.

Superest id, quod tertio loco proposuimus. Puto J. C. declarasse a liberto institutum clarissimum Virum, quia hoc poterat alicui contrarium suadere. Clarissimi Viri erant Senatores, ut constat ex historicis, & *ex l.* 2. §. *sed Senatores C. de his qui ven. æt. impet. ex l. fœmina ff. de Senator. ex l. un. C. de Equestr. dign.*
lib. 12. Senatori tribus comparari non 10
potest: itaque videbatur intercidisse legatum argum. text. in *l. mortuo bove* §. *Labeo ff. de legat.* 2. *l. multum interest* 34. *ff. de V. O. l. eum servus* 39. §. *ult. ff. de legat.* 1. Nihilominus respondit Scævola deberi æstimationem tribus. Duæ autem sunt rationes. Prima, quia licet Senator tribum consequi non possit, aut nolit; tamen est in ejus commercio, eamque solum capere non potest propter suam conditionem, quo casu debetur æstimatio *l. filiusfam.* 114. §. *si quid alicui ff. de leg.* 1. *l. sed si res aliena* 40. *ff. de legat.* 1.
Alia ratio est, quia ex iis, quæ dixi- 11
mus, legatum tribus simile est legato militiæ, vel tesseræ frumentariæ. Atqui his legatis æstimatio continetur *l. mortuo bove* 49. §. 1. *ff. de legat.* 2. & etiamsi in-
capaci relicta sint, tamen legatum susti- 12
netur *l. fideicommissa* 11. §. *si servo ff. de legat.* 3.

CA-

CAPUT XX.

AD L. IN ILLA STIPULATIONE

8. *ff. de Verb. obligat.*

SUMMARIUM.

I. *Dies adjectus conditioni an differat exactionem?*
II. *Conditionum quot genera, & quod earum diſcrimen.*
III. *Dies adjectus conditioni promiſcuæ differt ſolutionem.*
IV. *In ſtipulatione facti nihil peti poteſt ante diem adjectum: nec ante committitur ſtipulatio.*
V. *Affertur ratio.*
VI. VII. *Exponitur text. in* l. ſi in lege 24. §. ſi domus, *& in* l. dominus ff. loc.
VIII. *Cur in locatione exigi poſſit penſio totius temporis, etiam ante lapſum temporis, ſi conductor re amplius uti nolit.*
IX. *Exponitur* l. 2. §. qui ita ſtipulatur ff. de eo quod certo loc.
X. *Exponitur* l. ſi in lege 24 §. colonus ff. loc.
XI. *Locator ſtatim tenetur, ſi non patiatur frui conductorem.*
XII. *Exponitur* l. ſi ita fuerit 41. §. ſi, ff. de man. teſt.
XIII. *Exponitur* l. ſi quis hæres 72. ff. de acquir. vel om. hæred.
XIV. *Exponitur text in* l. cum ſtipulatus 113. *& in* l. ita ſtipulatus 115. §. 1. ff. de V. O.
Pœna quando committi dicatur?

DIximus de die, qui adjicitur diſpoſitioni ad differendam ſolutionem. Dicendum eſt modo de die, qui adjicitur conditioni. Dies conditioni adjicitur, cum præſcribitur certum tempus, quo exiſtere debeat conditio adjecta diſpoſitioni. Ut puta: *lego Titio centum, ſi intra biennium navis ab Aſia venerit. Si Calendis Stichum non dederis, decem dare*
1 *ſpondes?* Diem adjectum diſpoſitioni differre actionem non dubitatur, ut alias diximus *l. ſi in annos 49. ff. de cond. & dem. l. ſi dies ff. quan. di. leg. ced. §. omnis Inſtit. tit. de V. O. l. qui hoc anno 42. ff. eod.* Poteſt igitur dubitari an etiam dies adjectus conditioni differat exactionem, & ſolutionem: hoc eſt, an, ſi conditio ante diem exiſtat, ſtatim peti poſſit id, quod debetur, an vero dies nihilominus ſit expectandus. Finge, navem venire ex Aſia ante biennium: quæritur an ſtatim peti poſſint centum, an poſt lapſum biennii. Finge, Stichum ante Calendas mortuum eſſe: quæritur an ſtatim peti poſſint decem, an Calendæ ſint expectandæ. Hac de re agitur in *l. in illa* 8. *& in l. hoc jure 19. ff. de verb. obl.* Utramque explicare conſtituimus.

Interpretes noſtri ſtatuunt, tria eſſe genera conditionum: caſuales, poteſtativas, 2
& mixtas. Paulus in *l. ſi jam facta* 11. §. 1. *ff. de cond. & dem.* duo genera recenſet: *promiſcuas*, & *non promiſcuas*. Promiſcuæ ſunt, quæ a Noſtris poteſtativæ appellantur, quaſi obviæ, & quæ paſſim, & facile poſſunt impleri; non promiſcuæ ſunt caſuales, & mixtæ, quas omnes Veteres uno genere comprehendebant, quia omnes in caſum collatæ ſunt. Si conditio ſit promiſcua, hoc eſt in poteſtate, impleta conditione ante diem, nihilominus dies eſt expectandus *l. in illa ſtipulatione* 8. *ff. de V. O.* ſi non ſit promiſcua, hoc eſt, in caſu conſiſtat, impleta conditione, dies non eſt expectandus *l. hoc jure* 10. *ff. de V. O.*

Dicamus primum de conditione promiſcua. Etiamſi ante diem impleatur hæc conditio; tamen nihil ante diem peti poſſe conſtat ex noſtra *l. in illa ſtipulatione* 8. *de V. O.* Ibi quidam promiſerat, ſe daturum decem, ſi Calendis Stichum non
dediſſet. Stichus ante Calendas mortuus 3
eſt. Conſtat, promiſſorem non daturum Stichum Calendis: & tamen ante Calendas nihil peti poteſt. Nam licet quoad conditionem committi videatur ſtipulatio ſtatim a morte Stichi *l. ita ſtipulatus* 115. §. 1. *ff. eod.* ſupereſt tamen dies, qui omnino eſt expectandus.

Confirmatur hæc ſententia in *l. inſulam ff. eod. tit.* Quidam promiſerat, ſe ædificaturum inſulam intra biennium. Quamvis teneatur in id, quod intereſt, ſi non ædificaverit. *l. ſi pœnam 68. l. ſtipulatio-*

nes non dividuntur 72. *in princ. verf. Celsus. l. si quis stipulatus* 112. §. *ult. l. si fundum* 114. *ff. de verb. oblig. l.* 1. *ff. de action. empt. l. si quis ab alio* 13. *in princ.*
4 *ff. de re judic.* Tamen ante biennium nihil peti potest, quamvis tantum residui temporis supersit, quo certum sit, ædificium amplius ædificari non posse.

Item in *l. si eum* §. 1. *ff. si quis caution.* ibi: *Homo sisti promissus ante diem dolo promissoris periit: certo jure utimur, non ante pœnam peti posse, quam dies venerit: tota enim stipulatio in diem collata videtur.*

Item in *l. item quæritur* 13. §. *si lege ff. locat.* ibi: *Si lege operis locandi comprehensum esset, ut, si ad diem effectum non esset, relocare liceret: non ante relocari id potest, quam dies efficiendi præteriisset.*

Posset etiam confirmari ex *l. stipulationes* 72. §. 1. *ff. de verb. oblig.* sed ibi adjecta erat particula *tum*, quæ temporis extremitatem significat *l.* 4. §. 1. *ff. de condit. & demonstr.*

Ratio autem ea est, quod tota obligatio sub conditione, & in diem collata est, & impleta conditione, dies tamen
5 superest *l. in illa* 8. *ff. de verb. oblig.* Nam cum creditor voluerit debitori tempus concedere, ut posset parere conditioni, eidem voluit concedere idem tempus ad solvendum: itaque dies non solum respicit conditionem, sed etiam solutionem. Ut puta, in hac stipulatione: *si Calendis Stichum non dederis, decem dabis?* creditor, qui largitur debitori tempus ad dandum Stichum, multo magis idem tempus largitur ad danda decem: noluit enim dari decem dato Sticho, Stichum autem Calendis dari voluit: ergo iisdem Calendis voluit dari decem.

Multæ tamen sunt leges, quibus contrarium videtur posse suaderi. Primum, in *l. si in lege* 24. §. *si domus ff. locat.*
6 & in *l. dominus* 55. §. 2. *ff. eod.* traditum est, eum, qui conduxit domum, vel fundum in quinquennium, si ante quinquennium deseruerit habitationem, vel culturam, statim conveniri posse, ut solvat pensiones totius quinquennii. Ergo tempus non est expectandum. Neque responderi potest cum Bartolo, hoc constitutum esse in contractibus bonæ fidei. Etenim etiam in *l. item quæritur ff. locat.* quam pro alia sententia supra adduximus, agitur de contractu bonæ fidei, imo de eadem locatione, & tamen tempus expectatur.

Secundo, in *l. si ita fuerit* 41. §. *sed si ff. de manum. testam.* servo legata erat libertas hoc modo: *Si hæredi meo mille nummos anno, biennio, triennio solverit, postquam ero mortuus, liber esto.* Servus statim solvit mille nummos, statim liber est, non expectato triennii lapsu.

Tertio, in *l. si quis hæres* 72. *de acquir. vel omitt. hær.* testator hæredi præceperat, ut intra certum tempus adiret hæreditatem, & si non adisset, alium ei substituerat. Hæres ante tempus illud præscriptum decessit non adita hæreditate. Responsum est, substitutum non debere expectare ultimum diem aditionis hæredi præscriptum; sed statim adire posse.

Denique, in *l. cum stipulatus* 113. & *in l. ita stipulatus* 115. §. 1. *ff. de V. O.* quidam stipulatus fuerat sibi pœnam, si opus arbitratu suo ante Calendas perfectum non fuisset. Statim ac constat, ante Calendas opus amplius perfici non posse, pœna committitur. Sed pœna, & stipulatio committi dicitur, cum peti potest *l. ad diem* 77. *ff. de V. O. l. Jure Civili* 24. *in fin. ff. de cond. & demonstr.*

Ad primum respondetur, *in ea l.* non agi de die adjecto conditioni, sed de die adjecto solutioni, seu potius de die, qui tacite inest ex natura obligationis. Ete- 7
nim cum merces sit quasi pretium usus, & solvatur ad compensandum rei usum, ex natura mercedis est, ut post usum solvatur. Itaque solutioni mercedis tacite inest ille dies, postquam conductor usus fuerit re conducta. Igitur hic dies non conditioni adjectus est, sed solutio-

ni

ni mercedis; quapropter ad rem nostram non pertinet. Imo animadvertendum est, quod in hoc contractu nulla adest conditio, saltem promiscua. Nam si qua conditio inest in contractu locationis, ea est: si locator passus fuerit, conductorem uti re conducta. Videtur enim deberi merces a conductore hac conditione, si locator eum uti patiatur. Nam si locator eum expellat, non solum ipse nihil debet, sed obligatur ipsi locator quanti ejus interest *l. si in lege* 24. §. *colonus ff. de locat.* At hæc conditio non est promiscua; fortuita est quoad conductorem, neque enim in ejus potestate est eam implere, sed in potestate locatoris. Ex quibus eo magis apparet, diem non esse adjectum conditioni: nam dies respicit personam conductoris, qui non nisi præscripto die cogi potest ad solvendam mercedem; conditio vero respicit personam locatoris, a quo est implenda.

Sed, inquiet aliquis, si dies adjectus esset solutioni, non conditioni, utique esset expectandus: nam quod in diem debetur, ante diem non recte petitur *l. si in annos* 49. *ff. de cond. & dem. l. si dies ff. quando di. leg. ced. l. qui hoc anno* 42. *ff. de verb. obl.* §. *omnis Inst. tit. eod.*

Respondetur, quod cum dies insit ex natura ipsius mercedis, quæ solvenda est ad pensandum rei usum, qui usus requirit certum tempus, hoc tempus amplius non est expectandum, cum conductor am-
8 plius re uti nolit. Et locator id, quod exigit, non petit tamquam mercedem usus, sed potius ratione ejus, quod sua interest, *l. dominus* 55. *in fin. ff. locat.* Itaque sublata causa dilationis, nulla causa superest cur impediatur locator statim petere id, quod sua interest, argum. text. in *l. cum tale* §. *Mævia ff. de condit. & demonstr.* ubi legatum erat Mæviæ, si non nupserit, cum morietur: quoniam detrahitur conditio illa, si non nupserit, *l. quoties* 22. *l. sed si hoc* 62. §. *ult. & l. seq. l. Titio* 71. §. 1. *ff. de cond't. & demonstr.* ideo detracta conditione, cujus causa fuerat adjectus dies mortis, detrahitur etiam dies mortis, & legatum statim præstandum est.

At potest opponi, quod adjecto loco, quo solvi pecunia debeat, inest stipulationi dies, quo possit debitor in locum adjectum pervenire *l. interdum ff. de verb. oblig.* §. *loca Instit. tit. eod. l.* 2. *alias l.* 3. 9
§. *qui ita stipulatur ff. de eo quod certo loc.* Atque adeo dies inest ex natura loci adjecti: ut si quis Romæ stipuletur, hodie tibi dari Carthagine, inutilis sit stipulatio *d. l.* 2. §. *qui ita stipulatur.* Ac locus quidem mutari potest, nam qui certo loco se daturum promisit, potest etiam alio loco conveniri *l.* 1. *ff. eod.* Itaque si Romæ conveniatur, qui Romæ promittit, tollitur omnis causa dilationis: quid enim causæ est, cur expectemus tempus, quo possit Carthaginem pervenire, si Romæ solvere debet? Et tamen in *d. l.* 2. §. *qui ita* generaliter traditum est, diem expectandum esse. Ergo etiam sublata causa, propter quam dies inest, nihilominus dies est expectandus.

Respondetur, quod ideo in hac specie dies est expectandus, quia causa, cui cohæret dies, non ante tolli potest, quam dies præterierit: quia non debet reo adimi facultas solvendi Carthagine, quam facultatem stipulando sibi quæsivit *l. vero* §. *alia ff. de solut.* Transacto autem tempore, quo potuit solvere Carthagine, si ea facultate usus non sit, creditori a lege conceditur, ut alio loco possit debitorem convenire, ne alioquin sit in potestate debitoris actionem evitare, & eludere creditorem numquam eundo Carthaginem *l.* 1. *ff. de eo quod certo loc.* Hanc autem facultatem conveniendi debitorem alio loco, cum lex concedat ex necessitate, solum concedit urgente illa necessitate: atqui nulla urget necessitas ante diem, neque enim creditor queri potest de dilatione, cum ipse sibi hanc legem imposuerit in contrahendo. Quare cum locus mutari non possit ante diem transactum, nec ipse detrahitur.

Sed ut eo revertamur unde discessimus.

 Quod

Quod diximus de conditione, quæ inest obligationi solvendæ mercedis, eam non esse promiscuam, sed fortuitam, quia pendet a potestate locatoris, non conductoris, nodum solvere non videtur. Etenim in *d. l. si in lege* 24. §. *colonus ff. locat.* aliud exemplum proponitur, cui non convenit hæc responsio. Locator ante quinquennium expulit colonum: colonus totius quinquennii nomine recte aget, sta-
10 tim ac fuerit expulsus. Tenetur locator colono, sub conditione: *si ipsum expulerit*: hæc conditio promiscua est, hoc est, in potestate ipsius locatoris, qui impleta conditione futurus est debitor: & tamen lapsus quinquennii non expectatur.

Verissimum est, hanc conditionem esse in potestate debitoris, sed ideo dies non expectatur, quia nullus dies est ad-
11 jectus, aut tacite inest. Nam locator se obligat, si non patiatur conductorem frui re conducta, nec ullus est dies, qui possit expectari, & in quem solutio differri possit: nam conveniri potest statim ac fecerit contra legem locationis; & cum præstare teneatur frui conductori, statim ac id non præstat, conveniri potest, etiamsi nulla ejus culpa intercesserit *l. si tibi alienam* 7. *cum duab. ll. seqq. l. ex conducto* 15. *in princ. & in* §. 1. *l. si fundus* 33. *ff. locat.* In mercede autem ideo dies inest, quia aut adjicitur a contrahentibus, aut solvenda est post usum, atque operam.

Ad secundum respondeo, duabus de caussis triennii lapsum non esse expectandum. Prima traditur in ipsa *l. si ita fuerit* 41. §. *sed si ff. de manum. testam.* ibi: *Compensanda etenim est hæredi celeritas libertatis prematuræ pecuniarum solutioni*. Æquum igitur non est, hæredem & servo uti, & pecunia a servo soluta, contra voluntatem testatoris, qui voluit, servum soluta tota summa ad libertatem
12 pervenire. Eadem confirmantur in *l. statu liberos* 3. §. *quid si servus* 14. *ff. de statu lib.* ibi: *Benignius est eum in libertatem pervenire, cum utriusque providentia infertur, & servi, quatenus maturius in libertatem perveniat, & hæredis, quatenus dilatione interempta, illico accipiat, quod post tempus consequi poterit*. Altera caussa indicatur in hac eadem lege: nempe favor libertatis. Observandum est verbum illud *benignius*, quod ad favorem libertatis referri videtur: nam favor libertatis benigniores sententias exprimit *l. pœnales* 32. §. *ult. ff. ad Leg. Falcid.* & benigne receptum dicitur, quod favore libertatis est constitutum *l.* 4. §. *ergo ff. de manumission. l. si statu libera* 6. §. *plane ff. de statu lib. l.* 2. *C. de necessar. serv.* Posset etiam dici, diem in ea lege additum fuisse favore legatarii, & summam in plures pensiones divisam ejus exonerandi caussa *l. si cum præfinitione* 20. *ff. quando dies leg. ced.* ac propterea a servo posse etiam ante diem solvi *l. Jabolenus* 15. *ff. de annuis legat. l. stipulatio ista* 38. §. *inter* 16. *ff. de V. O.* cum similibus. Ne autem hæres fruatur simul & pecunia, & servo, benignius receptum esse servum liberum statim fieri: videlicet ex benigna interpretatione voluntatis testatoris, qui si putasset, servum statim posse solvere integram summam, non distulisset libertatem in triennium.

Ad tertium respondeo, diem non esse expectandum, quia ab hæredis institutione dies detrahitur, etiamsi nominatim fuerit adjectus §. *hæres Inst. tit. de hæred. inst. l. hæreditas ff. eod. tit.* Præterea substitutio facta erat sub conditione, si intra certum tempus hæres non adisset hæreditatem. Hæc conditio quoad substitutum fortuita est, pendet enim a facto alterius *l. si quis instituatur* §. *item si ff.* 13
de hæred. instit. quoad hæredem promiscua est; pendet enim ab ejus potestate: sed hæres non est debitor hæreditatis, nec substitutus accipit hæreditatem ab hærede, sed a defuncto. Itaque cum in hac specie nemo sit debitor, cessat ratio, cur dies sit expectandus; neque enim videri potest dies adjectus, ut concedatur debitori tempus ad solvendum, quod tributum

tum erat ad implendam conditionem.

Ad ultimum reſpondetur, quod ibi pœna commiſſa dicitur, non quia ſtatim peti poſſit, ſed quia jam conſtat, promiſſorem in pœnam incidiſſe. Neque enim
14 ibi quæritur quando pœna peti poſſit; ſed an promiſſor in pœnam inciderit, etiamſi a ſtipulatore tempus ei ſit prorogatum. Sic & in *l. in illa* 8. *ff. de verb. oblig.* ſtipulatio ad conditionem committi dicitur, licet dies ſuperſit, quia cum conditio impleta ſit, certum eſt, reum in pœnam incidiſſe. Ita & in *d. l. cum ſtipulatus* 113. *ff. eod.* pœna commiſſa dicitur, nempe impleta conditione, ſub qua promiſſa fuit: ſupereſt tamen dies *d. l.* 8. Neque obſtat, quod pœna committi dicatur, cum peti poteſt; nam tunc committitur cum effectu: at vero quando peti non poteſt, committi quidem dicitur, licet hactenus ſit ſine effectu. Sic deberi dicitur id, quod nondum debetur cum effectu, quia nondum peti poteſt §. *omnis Inſtit. tit. de V. O. l. qui hoc anno* 42. *ff. eod.* alibi vero dicitur, non deberi, quia non debetur cum effectu, cum peti non poſſit *l.* 1. §. 1. *ff. de condit. & demonſtr. l. ſi in annos* 49. *ff. eod. l. un. ff. quand. dies uſuſfr. leg. ced. l. ſi Titio §. quædam. l. ſi dies §. ult. ff. quand. dies leg. ced. l. interdum* 73. *ff. de V. O.*

CAPUT XXI.

AD L. HOC JURE

10. *ff. de verb. oblig.*

SUMMARIUM.

I. Dies adjectus conditioni non promiſcuæ petitionem non differt.
II. Affertur ratio diſcriminis inter utrumque genus conditionis.
III. Exponitur l. ſi ita legatum 105. ff. de cond. & dem.
IV. Quando dies non conditioni, ſed legato adjectus eſt, expectari debet.
V. Exponitur l. 4. §. 1. ff. de cond. & dem.
VI. Particula tum *denotat extremitatem temporis.*
VII. Exponitur l. cum hæres 4. §. ſervire ff. de ſtatu lib. *& n.* 8. *Dies qui neceſſario cohæret conditioni, expectandus eſt.*
VIII. Melioris conditionis eſſe non debet, qui conditionem non implevit, quam ſi implevisset.
IX. Exponitur text. in l. 3. §. pen. ff. de ſtatu lib. Conditio *pariendi non includit neceſſario tempus.*
X. Conditio *fortuita caſu deficiens nec favore libertatis habetur pro impleta.*
XI. Certa ætas non facit conditionem favore libertatis.
XII. Exponitur text. in l. libertis §. ab hæredibus ff. de alim. leg.
XIII. Legatum alimentorum non extinguitur morte ejus, cum quo quis morari debebat.
XIV. Exponitur text. in l. pen. C. quan. dies leg. ced.
XV. Dies incertus adjectus ſolutioni non facit conditionem.
XVI. Exponitur text. in l. uxori 35. ff. de uſufr. leg.
XVII. Dies incertus demonſtrationis cauſa adjectus non facit conditionem.
XVIII. Exponitur l. cum tale 72. §. Mæviæ ff. de cond. & dem.
XIX. Exponitur text. in l. Publius 36. §. 1. ff. de cond. & dem.
XX. Filium quis diligit magis quam alios. Et magis primo loco vocatum, quam ſecundo.
XXI. Quid ſit repræſentare fideicommiſſum?
XXII. Voluntas verbis præfertur.
XXIII. Exponitur text. in l. a filia 62. §. alumno ff. ad S. C. Trebell.
XXIV. Si dies adjectus ſit favore legatarii, eo deficiente ſtatim ſolvendum eſt ſubſtitutis.
XXV. Exponitur text. in l. fideicommiſſa 11. §. ſi cui ff. de leg. 3.
XXVI. Mors legatarii non facit conditionem: ſed mors ulterius.
XXVII. Duabus conditionibus adjectis, utrique parendum.
XXVIII. Particula quaſi *denotat improprietatem: ſed non ſemper, ut n.* 31.
XXIX. Conditio, Si morte patris ſui juris effectus fuerit, *per emancipationem impletur.*
XXX. Non deficere conditio dicitur, cum exiſtit; ſed vide n. 32.
XXXIII. Proponuntur ſeptem exceptiones regulæ propoſitæ: quod dies adjectus conditioni non promiſcuæ expectandus non ſit.

VEniamus ad conditionem non promiſcuam, hoc eſt, mixtam, & caſualem, ſeu fortuitam. In hac contrarium traditum eſt a Veteribus: videlicet, impleta conditione, ſtatim peti poſſe quod de-

debetur, nec expectandum diem conditio-
1 ni adjectum *l. hoc jure* 10. *ff. de V. O.* *Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione, si Lucius Titius ante Calendas Maias in Italiam non venerit, decem dare spondes? non ante peti quicquam possit, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse, sive vivo, sive mortuo id acciderit.*

Ac meo quidem judicio differentiæ ratio ea est, quod quando conditio confertur in potestatem debitoris, eique tempus adjicitur, tempus illud non solum respicit conditionem, sed etiam obligationem: nam qui largitur tempus ad implendam conditionem, quam posset multo citius implere, largitur etiam tempus ad solvendum, cum nolit eum cogere ad solvendum, nisi impleta conditione. Con-
2 tra vero cum conditio in eventum, & casum confertur, eique dies adjicitur, is respicit solam conditionem. Nempe ideo adjicitur, ut eo magis in incertum suspendatur obligatio, quo difficilius est existere conditionem, quam non sufficit existere quandocumque; sed necesse est existere tempore præscripto, ut nascatur obligatio. Ut puta, in hac conditione: *Si intra Calendas Maias Titius in Italiam venerit*, adjectus est dies Calendarum, quo fit, ut conditio sit magis incerta, magis in casum, ac dubium eventum collata, quia, ut impleatur conditio, non sufficit, Titium in Italiam venire quandocumque, sed necesse est veniat intra Calendas Maias. In exemplo autem *l. hoc jure* 10. *ff. de V. O.* quia conditio negativa est, a stipulatore dies est adjectus, ut facilius existat conditio: quia non adjecto die deficeret conditio veniente Lucio Titio etiam post Calendas; adjecto autem die Calendarum conditio existit, etiamsi Titius in Italiam venerit post Calendas. Igitur dies adjectus respicit solam conditionem, & additus est vel ad eam restringendam, vel ad eam laxandam: ac propterea existente conditione tempore præscripto satisfactum est voluntati ejus, qui conditionem, & diem adjecit, cum extiterit conditio eo modo, quo voluit existere: nec ulla causa est, cur diem expectemus, qui non fuit adjectus ad differendam solutionem, quam differre non potest, nisi adjiciatur eo animo, ut eo die pecunia solvatur. §. *omnis Instit. tit. de V. O.*

Verum quia multæ sunt causæ, ex quibus contrarium observatur, idcirco multæ sunt leges, in quibus contrarium videtur constitutum, quas omnes ut explicemus, tamquam contrarias huic legi opponemus.

Primum afferri potest text. in *l. si ita legatum* 103. *ff. de condit. & dem. Si ita legatum sit: Titio post decem annos dato,* 3
si satis ab herede non exegerit: & Titius intra decimum annum decesserit, ad heredem suum transmittit legatum, quia moriente eo conditio existit.

In hac lege licet J. C. non decernat, an ab hæredibus statim solvendum sit legatum, an vero transacto decennio; non dubito tamen solvendum esse post lapsum decennii. Etenim tempus non conditioni adjectum est, sed legato: ait enim testator: *Titio post decem annos dato*. Adjectus est dies, quo pecunia solvatur, igitur ante hunc diem solvi non debet §. *omnis Instit. tit. de V. O. l. si dies ff. quan. di. leg. ced.* Conditio autem, *Si ab herede non exegerit satisdationem*, adjecta est, ut legatarius ab exigenda satisdatione deterreatur metu pœnæ, & amissionis le- 4
gati, quam satisdationem potuisset exigere cum legatum sit in diem *l.* 1. *in princ. l. postquam* 5. §. *si dies. l. hæc stipulatio* 14. *ff. ut legat. nom. caveat.* Quamobrem potius conditio adjecta est propter diem, quam dies propter conditionem. Imo defendi posset, nullam huic legato conditionem inesse; cum enim possit a testatore prohiberi satisdatio, ea frustra petetur, eaque petita non deficitur conditione legatarius *l. licet* 12. *ff. ut legat. nom. caveat.* nisi testator nec de facto quidem peti voluerit. Sed illuc redeo. Quando

do non conditioni, sed legato adjicitur, non debet solvi legatum ante diem: nam cum & conditio, & dies legato sit adjectus, conditio suspendit legatum in incertum eventum, dies vero differt solutionem. Ut si quis dicat: *Si navis ex Asia venerit, dato Titio post decem annos.* Etiamsi navis ex Asia statim veniat; tamen post decem annos dandum est legatum, quia petitio in hoc tempus dilata est, *l. ex his verbis C. quando dies leg. ced.* At si dicat: *Si navis ex Asia venerit intra decem annos, Titio dato:* solvendum est legatum statim ac navis ex Asia venerit, quia decennium adjectum est conditioni. Nempe testator præscripsit tempus, intra quod existere conditio debet. Cum autem intra illud tempus extiterit, nihil est cur differamus legatum.

Secundo opponi potest text. in *l. 4. §. 1. ff. de condit. & dem.* ibi: *Si ita scri-*
5 *ptum sit: Si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit, tum decem Sejæ hæres dato. Si Titius ante mortuus sit, non statim Sejæ decem deberi.*

In hac lege dies quidem est adjectus conditioni, sed differtur solutio legati,
6 quia idem dies adjectus est etiam legato. Particula illa *tum* extremitatem temporis, & ultimum articulum quinquennii significat *d. l. 4. §. 1. in fin. l. cum quidam in princ. ff. de usur. l. pen. ff. de testam. tut.* Itaque diem adjectum conditioni repetit in legato; perindeque est ac si dixisset: *Si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit, post quinquennium Sejæ decem hæres dato.* Igitur solutio legati differtur non vi ejus diei, qui adjectus est conditioni, sed vi ejus diei, qui per particulam *tum* repetitus est in datione legati.

Tertio contrarius videtur textus in
7 *l. cum hæres 4. §. servire ff. de statu lib.* ubi qui jussus erat servire anno Titio, & sic liber esse, non fit liber ante annum, etiamsi Titius ante annum moriatur, & conditio pro impleta habeatur, quia per Titium stetit, quominus impleretur. Similes sunt text. in *l. servus 34. §. 1. vers. quid enim ff. eod.* in *l. peculium 20. §. quædam ff. eod.* in *l. Thias §. Spendophorus, & §. libertatem ff. de fideicommiss. libertat.*

Ad has omnes leges duo sunt animadvertenda. Primum, quod quoties dies ita cohæret conditioni, ut conditio ante eum diem impleri non possit, dies utique semper est expectandus. Hujus generis est hæc conditio: est enim omnino impossibile, ut serviat anno, antequam annus effluat. Qui adjicit hanc conditionem, non solum vult impleri conditionem, sed etiam vult expectari tempus, quod illi conditioni ita cohæret, ut separari non possit. Est enim vulgi ore tritum illud: *Qui vult consequens, vult etiam antecedens*, quod ab eo sejungi non potest: & qui non vult, solvi legatum ante expletam conditionem, non vult, solvi ante transactum tempus, quod ad eam implendam est omnino necessarium, & quod ipse sua voluntate inseruit conditioni. Multo aliter se res habet in hac conditione: *Si intra biennium navis ex Asia venerit*; quia potest navis multo ante biennium venire, & statim satisfactum est voluntati testatoris. Et hoc est, quod admonet Paul. in *l. si peculium 20. §. quædam 5. ff. de statu lib.* illis verbis: *Quædam conditiones natura sui nec possunt eodem tempore impleri, sed necessariam habent temporis divisionem: velut cum decem operas jussus est dare: quia operæ per singulos dies dantur. Igitur & si singulos aureos det statu liber, potest dici eum implesse conditionem. Alia causa est operarum, quia hæ necessario singulæ edendæ sunt. Sed etsi hæres accipere noluerit, non statim liber fiet, sed cum tempus transierit, per quod operarum quantitas consumatur. Idem dicendum est, si jussum Capuam ire, & liberum esse, hæres prohibeat ire: tunc enim erit liber, cum pervenire Capuam potuisset. Inesse enim videtur tempus, tam operarum præstationi, quam itineri.* Idem fere traditur in *l. ser-*

vus

vus 34. §. 1. *verſ. quid enim ff. de ſtatu lib.*

Præterea animadvertendum eſt, quod melioris conditionis eſſe non debet legatarius, qui non implet conditionem,
8 quam eſſet, ſi eam impleviſſet. Licet enim a Jure pro impleta habeatur; tamen majorem vim habere æquum non eſt, quam haberet, ſi revera fuiſſet impleta: nec plus operari debet fictio in caſu ficto, quam veritas in caſu vero. Recte ad rem noſtram Papinianus in *l. mulieri & Titio ff. de condit. & demonſtr.* ait: *Tantum enim beneficio legis ex legato conceſſum eſſe mulieri intelligendum eſt, quantum haberet, ſi conditioni paruiſſet*. Quare ſi quis mulieri legaverit centum ſub conditione, *Si non nupſerit intra decem annos dato:* licet conditio, *ſi non nupſerit*, detrahatur; tempus tamen expectatur. Veniamus ad legem noſtram. Servus juſſus eſt ſervire anno Titio, & ſic liber eſſe. Si ſerviſſet anno, & conditionem impleviſſet, non potuiſſet eſſe liber ante annum tranſactum. Mortuo Titio ante annum, ſervire non potuit: conditio habetur pro impleta, ſed tamen ita, ut non ante conſequatur libertatem, quam fuiſſet conſecuturus, ſi conditionem impleviſſet. Et hæc ratio redditur in ipſa lege, ibi: *Etenim abſurdum eſt, maturius eum liberum fieri cum conditionem non implet, quam futurus foret, ſi eam impleret.*

Quarto contra id, quod primo loco obſervavimus, poteſt urgeri in *l.* 3. §. *penult. ff. de ſtatu lib.* Ancillæ libertas data erat ſub conditione, ſi tres liberos peperiſſet: hæres ei medicamentum dedit, ne pareret. Statim libera fit. Et tamen
9 conditioni cohæret neceſſario tempus geſtationis, ut parere poſſit.

Facilis eſt & prompta reſponſio. Non poteſt ancilla parere tres liberos, antequam eos in utero geſtet. Sed tamen poteſt eos parere ſtatim a morte teſtatoris: potuit enim eos multo ante concepiſſe. Sic, licet non modicum tempus neceſſarium ſit, ut navis ex Aſia veniat; tamen poteſt venire ſtatim mortuo teſtatore, ſi multo ante ex Aſia ſolverit: imo & ante mortem teſtatoris *l.* 2. *in prin. ff. de cond. & dem.* quin etiam ante factum teſtamentum *l. hæc conditio* 10. *in fin. ff. eod.* Itaque hæ conditiones natura ſua tempus non continent. At conditio, de qua ſupra agebamus, omnino tempus includit. Nam qui ſervire juſſus eſt anno Titio hæredi, non poteſt ei ſervire vivo teſtatore, ſed computatur annus a die aditæ hæreditatis *l. ſi in diem* 46. *ff. de cond. & dem. l.* 3. §. *ſi quis hæredi ff. de ſtatu lib.* igitur omnino eſt expectandus annus poſt aditam hæreditatem. Quapropter non temere in *l.* 3. §. *penult. ff. de ſtatu lib.* notavit J. C. ancillam, etiam uno partu potuiſſe tres edere, ut oſtenderet, huic conditioni neceſſario non ineſſe tempus trium geſtationum.

Quinto opponi poteſt text. in *l. ſi ita ſcriptum* 16. *ff. de man. teſtam.* Quidam legaverat ſervo ſuo libertatem, cum Titius ad triceſimum annum perveniſſet. 10
Titius mortuus eſt ante triceſimum annum. Licet conditio, favore libertatis habeatur pro impleta; tamen ſervus non ſtatim fit liber, ſed expectare debet tempus, quo Titius ad triceſimum annum perveniret, ſi viveret. Ergo conditione fortuita ante tempus impleta, tempus eſt expectandum. Reſpondetur, falſum eſſe conditionem haberi pro impleta: nam conditio fortuita caſu deficiens numquam pro impleta habetur, etiamſi fuerit adſcripta libertati *l. cum hæres* 4. §. *de ſtatu lib.* Igitur favor libertatis non poteſt efficere, ut pro impleta habeatur illa conditio: hoc efficit favor libertatis, ut dies ille incertus, qui in aliis legatis conditionem 11
faceret *l. dies incertus ff. de cond. & dem.* in legato libertatis conditionem non faciat. Certa ætas alicujus adſcripta conditionem facit *l. ſi cui legetur* §. 1. *cum duob. ſeq. ff. de legat.* 1. *l. Publius* §. 1. *ff. de cond. & dem.* incertum eſt enim, an ille ſit perventurus ad ætatem legato adſcriptam. Favore autem libertatis conſtitutum eſt, ut in legato libertatis dies cer-

tertæ ætatis conditionem non faciat, ut libertas debeatur, etiamsi ille, cujus ætas adscripta est, ad ætatem illam non perveniat *l. si servus 19. ff. de statu lib. l. fideicommissaria §. etiam ff. de fideicomm. libert. l. fideicommissaria* 10. *C. eod. tit.* Legatum igitur, de quo agitur in adducta l. in diem est, non sub conditione, & ideo debetur libertas, etiamsi Titius moriatur ante tricesimum annum. Cum autem sit in diem, non ante potest exigi, quam venerit dies adscriptus *l. si dies ff. quando dies leg. ced. l. si in annos ff. de cond. & dem.* & ideo servus non ante consequitur libertatem, quam veniat dies, quo Titius ad tricesimum annum fuisset perventurus.

Quamquam dies ille faceret conditionem, & conditio haberetur pro impleta; tamen ante illud tempus non posset consequi libertatem, ne maturius ad libertatem perveniat deficiente conditione, quam perveniret ea existente *l. cum hæres* 4. *§. servire ff. de statu lib. l. mulieri & Titio* 74. *ff. de condit. & demonstr.* & nos supra exposuimus.

Sexto, similis est textus in *l. libertis* 18. *§. ab hæredibus ff. de alim. vel cibar.*
12 *legat.* in qua non agitur de legato libertatis, sed de legato militiæ; & tamen idem est constitutum. Testator enim post libertatem servo relictam, rogavit Sejum, ut eidem cibaria, & vestiaria præstaret, & cum ad vicesimum quintum annum pervenisset, militiam ei compararet, si eum ante non reliquisset. Sejus mortuus est ante vicesimum quintum annum. Respondit Scævola, militiam nihilominus ei comparandam, sed expectandum tempus, quo Sejus, si viveret, ad vicesimum quintum annum perveniret.

Eadem responsio. Ibi agitur de legato alimentorum, ut copiose exposuimus alias ad hujus legis explicationem. Militia enim, hoc est annuus redditus, quem percepturus est ex militia, ei relinquitur, ut possit inde se alere, ut ibi diximus. Quapropter licet adjecta sit illa conditio, *si eum ante non reliquerit*; tamen non deficit hæc conditio per mor- 13
tem Seji. Nam si quis alicui relinquat alimenta, quamdiu cum Sejo morabitur, non extinguitur legatum per mortem Seji *l. Cajo §. Imperator ff. de alim. vel cib. leg. l. annua in princ. ff. de ann. legat. l.* 1. *C. de legat.* In legato autem alimentorum, si per eum steterit, qui præstare debebat alimenta, quominus legatarius cum eo moretur, etiamsi id acciderit per mortem, tamen conditio pro impleta habetur *ex dd. ll.* adeoque legatum non ante præstandum est, quam præstaretur, si vere impleta fuisset, ut supra diximus.

Accedit & alia ratio. Testator voluit subrogare militiam in locum alimentorum. Alimenta debentur liberto donec Sejus perveniat ad vicesimum quintum annum, & usque ad hoc tempus debentur, etiamsi Sejus ante sit mortuus. Igitur si militia deberet ei comparari statim ac moritur Sejus, utrumque libertus haberet eodem tempore, & militiam, & alimenta, quod est contra mentem testatoris. Sed hæc pluribus exposuimus ad hujus legis explicationem. Posset etiam considerari, hanc conditionem esse ex genere earum, quibus necessario inest, & cohæret tempus, qua de re supra diximus.

Septimo, non est omittendus text. in *l. penult. C. quando dies legat. ced.* ibi: *Ex his verbis: do, lego Æliæ Severinæ, & Secundæ decem, quæ legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit.* 14
Si Ælia Severina, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est, ad hæredem suum actionem transmittit: scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vicesimum quintum annum ætatis implesset. Non agitur hic de legato libertatis: adjecta est conditio illa, *cum ad legitimum statum pervenerit*; & tamen tempus est expectandum.

Etsi non agatur de legato libertatis; tamen hoc quoque legatum in diem est, non sub conditione, & verba illa, *cum*

ad legitimum statum pervenerit, non con-
15ditionem faciunt, sed diem solummodo continent. Id autem ex ipsa lege probari potest. Supponitur, legatariam defunctam esse antequam ad legitimum statum perveniat: & nihilominus ea viva cessisse diem legati. Atqui dies legati conditionalis non cedit ante conditionis eventum; nec legatum ad hæredem transmittitur *l. si post diem* 5. §. *sed si sub conditione ff. quando di. leg. ced. l.* 3. *C. eod. l. intercidit in princ. ff. de cond. & dem.* Ideo autem hoc legatum non est conditionale, sed in diem, quia certa ætas non est adjecta legato, sed ejus solutioni. Neque enim testator ita legavit: *Æliæ Severinæ, cum ad legitimum statum pervenerit, decem lego*; sed ita: *Æliæ Severinæ decem lego, quod legatum accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit*.

Dies autem solutioni adjectus potest quidem suspendere solutionem, cui adjectus est: non potest tamen suspendere legatum, & obligationem, cui adjectus non est; itaque non efficit legatum conditionale, sed in diem. Similia exempla sunt in *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebellian.* in *l. a filia* §. *alumno ff. eod.*

Octavo, opponi potest *l. uxori* 35. *ff. de usufr. leg.* Vir uxori legavit usumfructum fundi in quinquennium a die mortis suæ, & peracto quinquennio, cum ejus ususfructus esse desisset, tunc fundum legavit libertis suis. Huic legato adscriptus est dies quinquennii: adscripta est
16etiam conditio illa, *cum ususfructus ejus esse desisset*: mortua est uxor ante quinquennium, cujus morte impleta est conditio, quia ususfructus extinguitur §. *finitur Instit. tit. de usufr. l.* 3. §. *ult. ff. quib. mod. ususfruct. amit. l.* 3. *l. si domina* 10. *l. ambiguitatem* 12. & *l. corruptionem* 16. *C. de usufr.* Quæsitum est, an statim fundus libertis reddi debeat, an expectare debeant finem quinquennii. Responsum est, reddi non debere ante finem quinquennii.

Respondetur, ibi legato fuisse adjectum solum diem, ac tempus quinquennii, nullam autem conditionem; & ideo tamquam legatum in diem ante diem peti non potest *l. si dies ff. quando dies leg. ced. l. si in annos* 49. *ff. de cond. & demonstr.* §. *omnis Inst. tit. de verb. oblig.* Neque enim 17
conditionem faciunt illa verba: *cum ejus ususfructus esse desierit*. Etenim hæc verba referuntur ad quinquennium peractum, quo tempore ususfructus uxoris esse definet. Igitur ea verba sunt adjecta demonstrative, non ad inferendam conditionem. Et hoc significant: *peracto quinquennio, quo tempore uxoris esse desinet ususfructus*: hæc demonstratio nihil efficit; nam quod rei satis demonstratæ adjicitur frustra est *l.* 1. §. *si quis ff. de dot. prael.* Quapropter verba illa vim solius demonstrationis habent, non conditionis.

Similis est textus in *l. cum tale* §. *Mæviæ ff. de condit. & dem.* ibi: *Mæviæ, si non nupserit, cum morietur lego. Potest dici eam, etsi nupserit, confestim ad legatum admitti. Non idem probatur, si certus dies, incertusve alius legato fuerit* 18
adscriptus. Quod discrimen est inter diem mortis, & alios dies? Illud nimirum, quod modo indicabimus. Dies mortis in hoc legato habet vim solius demonstrationis, & frustra adjectus est, & ideo non est expectandus. Etenim conditio illa, *si non nupserit*, cum posita sit in non faciendo, solum per mortem impletur, quia quamdiu quis vivit, facere potest, quod prohibitus est. *l. si ita* 103. *l. Titio fundus ff. de cond. & dem. l. ult. ff. de cond. inst. l. si in personam C. de fideicomm. l. ita stipulatus* 115. §. 1. & §. *item si quis ff. de V. O.* §. *sub conditione Inst. tit. eod.* Quapropter testator verba illa, *cum morietur*, non adjecit animo diei adscribendi legato, sed ut declararet tempus, quo impleri poterat conditio, *si non nupserit*. Detracta igitur conditione, *si non nupserit*, cujus causa adjecta erant illa verba, ea sunt omnino supervacua, nec differunt legatum in tempus mortis.

Præ-

Præterea in *d. l. uxori* 35. *ff. de usufr. legat.* adjecta erat particula *tunc*, quæ ultimum articulum temporis significat *l.* 4. §. 1. *ff. de cond. & dem. l. cum quidam in princ. ff. de usur. l. pen. ff. de testam. tut.* Idque uberius exposuimus, cum ad secundum argumentum respondimus.

Nono, opponi potest *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de cond. & dem.* Ibi mulier filium habens legavit quædam prædia Septiciæ, eamque rogavit, ut, cum filius ad sexde-
19 cim annos pervenisset, prædia illa ipsi restitueret, & si filius sexdecim annos non implesset, ea redderet Publio Mævio, & Cajo Cornelio. Filius sexdecim annos non implevit: quæsitum est, an prædia statim restituenda essent; an eo tempore, quo filius fuisset perventurus ad decimum sextum annum. Respondit Marcellus, restitutionem in hoc tempus prorogandam. Ergo licet conditio sit impleta; tamen quia tempus continet, tempus illud est expectandum.

In promptu est responsio, eaque nobis ab ipsa lege suppeditatur. In conditionibus primum locum obtinet voluntas testatoris, eaque regit conditiones *l. in conditionibus* 19. *in princ. ff. de cond. & dem.* Testatrix in hac lege voluit, prædia illa ad Septiciam pertinere usque ad illud tempus, quo filius fuisset perventurus ad sexdecim annos: ergo sive ea restituenda essent filio, sive Publio Mævio, & Cajo Cornelio, voluit toto illo tempo-
20 re Septiciam frui prædiis illis. Imo tanto minus præsumitur, voluisse restitui secundis substituris ante illud tempus, quanto quisque magis diligit filium, quam alios: & magis diligit eos, quos vocat in priori gradu, quam eos, quos vocat in gradu sequenti *l. quoties ff. de usufruct.* Testatrix toto illo tempore præposuit Septiciam ipsi filio, & filio, quem primo loco vocaverat in substitutione: ergo multo magis præposuit aliis, qui filii non erant; aliis, quos post filium vocaverat, quos filio postposuerat. Qui præfertur illi, qui alium præcedit, multo magis præfertur alteri, qui præceditur. Et hoc significat J. C. illis verbis: *Etenim videri contra voluntatem testatricis, repræsentationem fideicommissi desiderari, ut amplius ad substitutos perveniat, quam ad puerum pervenire potuisset. Et verba quidem videntur repræsentare fideicommissum: sed non est verisimile, ut maturius voluerit testatrix ad substitutos id transferre.*

His verbis recte perpensis impugnari potius, quam confirmari videtur sententia adversariorum. Ait J. C. *& verba quidem videntur repræsentare fideicommissum.* 21
Repræsentare fideicommissum est præsens, & ad manum dare, non differre in diem solutionem. *l. cum hi* 8. §. *eam transactionem ff. de transact. l. si pure* 37. & *l. Thais* 41. §. 1. *ff. de fideicom. libertat. l. si constante* 24. §. *quoties ff. solut. matrim. l.* 1. §. *& verum. l. cum quis in princ. ff. de dot. præleg.* Sueton. in *Calig. Legata ex testamento Tiberii, quamquam abolito, sed & Liviæ Augustæ, quod Tiberius suppresserat, cum fide, ac sine calumnia repræsentata persolvit.* Et in *Claudio*: *Repræsentans pro opera dignam cuique mercedem.* Igitur si verba testatricis essent attendenda, dies non esset expectandus, sed præsens, & ad manum solvi deberet fideicommissum. Ac proinde in aliis causis, in quibus non repugnat voluntas testatoris, dies non expectatur. Voluntas au- 22
tem verbis præfertur *l. in conditionibus* 19. *l. pater Severinam* 101. *in princ. ff. de cond. & dem. l. hæredes mei* §. 1. *ff. ad S. C. Trebell.* & ideo hoc contra naturam conditionis expectatur.

Sed impugnari posset hæc responsio per text. *in l. a filia* §. *alumno ff. ad S. C. Trebell.* Ibi quidam legavit alumno certam pecuniam, eamque recipi a Sempronio mandavit, & solvi alumno certas usuras usque ad vicesimum annum, deinde alumni fidei commisit, ut si sine liberis decederet, partem restitueret Sempronio, partem Septiciæ. Alumnus mortuus est 23
intra annum vicesimum. Respondit Scævola, statim peti posse fideicommissum.

Ergo non est absurdum maturius pervenire fideicommissum ad substitutum, quam ad primo loco vocatum. Ad alumnum non pervenisset, nisi transacto tempore certæ illius ætatis: ad substitutos pervenit statim.

Animadvertendum est, quod in hac lege dies non fuerat adjectus favore debitoris, sed favore legatarii creditoris. Neque enim testator distulit solutionem pecuniæ in commodum, & favorem debitoris, cum ab eo voluerit solvi usuras pecuniæ alumno creditori: sed distulit in favorem ipsius alumni, a quo in illa tenera ætate noluit pecuniam disperdi
24 ac dissipari. Similia exempla proponuntur in *l. Firmio Heliodoro* §. 1. *ff. quando dies leg. ced.* in *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebellian.* in *l. cum pater* 77. §. *curatoris ff. de legat.* 2. Si dies adjectus esset in favorem debitoris, solvi ante diem illum nec substitutis quidem deberet, ut diximus ex *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de condit. & demonstr.* Cum vero sit adjectus in favorem alumni creditoris, statim est restituendum substitutis: tum quia locum non habet argumentum prædilectionis, quo supra usi sumus: tum quia respicit personam ipsius alumni, ejusque personæ cohæret hic favor: adeoque ejus personam non egreditur *l. quia tale ff. solut. matrimon. l. legatum* 95. *ff. de cond. & dem.* tum quia substituti sunt ejus ætatis, ut possint pecuniam recte administrare: deficiente autem causa, propter quam dies fuerat adjectus, dies quoque detrahitur, ut capite superiore demonstravimus luculente.

Decimo opponi potest *l. fideicommissa* §. *si cui ff. de legat.* 3. *Si cui ita fuerit fideicommissum relictum, si morte patris, sui juris fuerit effectus: & emancipatione sui juris factus sit, non videri defecisse conditionem. Sed & cum mors patri con-*
25 *tingat, quasi existente conditione ad fideicommissum admittetur.* Conditio igitur existit per emancipationem filii: sed tamen quia conditioni tempus erat adjectum, nempe mors patris, nondum debetur fideicommissum, sed mors patris est expectanda, ut ad fideicommissum admittatur.

Est plena difficultatis hæc lex; atque ideo paulo uberius est explicanda. Videntur proposito fideicommisso quodammodo adjectæ duæ conditiones. Altera continetur, ut filius sui juris efficiatur: altera, ut pater moriatur. Mors patris conditionem facit. Licet enim mors legatarii non efficiat legatum conditionale, quia non potest existere post mortem ipsius legatarii *l. hæres meus in princ. ff. de* 26
condit. & dem. tamen aliorum mors adjecta legato conditionem facit *l. hæres meus* 79. §. 1. *ff. eod. l. hujusmodi* 13. *in fin. ff. quando dies leg. ced.* quia incertum est; an vivo legatario moriturus sit, an post ejus mortem. Cum autem duæ conditio- 27
nes adjectæ sunt, utrique parendum est, & nisi utraque extiterit, non possumus legatum consequi *l. si hæredi* 5. *ff. de condit. Instit.* In hac nostra lege prima conditio impletur emancipatione, quia emancipatione fit sui juris. Et ideo recte ait Jurisconsultus: *non videri defecisse conditionem filio emancipato.* Non quidem extitit omnino conditio, quia pater nondum mortuus est, sed tamen non defecit, quia partim extitit, partim existet morte patris. Cum vero pater morietur, tunc quasi existente conditione filius admittetur ad fideicommissum. Non existit morte patris conditio, quia morte patris non fit sui juris filius, cum jam sui juris esset: sed quasi existit, hoc est, completur eventus conditionis, atque perficitur. Nam sive duæ erant conditiones, sive potius una conditio duas partes, & duo facta continens, cœpit conditio existere, cum filius emancipatus est, expleta autem est morte patris. Dubitari poterat, an hæc conditio per partes impleri posset, & an filio emancipato defecisset conditio: quia non poterat filius sui juris effici morte patris. Mens Ulpiani est, eam posse per partes impleri:

ti: & ideo emancipato filio non dixit extitisse conditionem, sed eam non defecisse: supererat enim alia pars implenda. Moriente autem patre, non dixit extitisse conditionem, quia vere tunc non extitit, sed absoluta est, atque perfecta: sed dixit, *quasi extitisse:* particula *quasi*
28 improprietatem indicat *l. 2. ff. de inoff. testam. §. constituitur. vers. ergo Instit. tit. de usufr. l. 2. ff. de usufr. ear. rer. l. si serva 39. in princ. ff. de jure dot.*

Hæc explicatio videtur maxime convenire verbis Ulpiani. Mihi tamen non satisfacio, quia repugnat sententiæ ejusdem Ulpiani, quam aliis locis luculenter exposuit. Idem Ulpianus tam in *l. si ita 15. ff. quando dies leg. ced.* quam in *l. mulier 22. in princ. ff. ad S. C. Trebell.* proponit fideicommissum relictum sub hac ipsa conditione, & respondet filiis emancipatis statim deberi, quia emancipatio-
29 ne conditio extitit. Et in *l. mulier* allegat super hac re decretum Divi Marci. Et ratio est, quia verba illa, *morte patris*, adjiciuntur a testatore, qui non sperat, patrem emancipaturum filios: ceterum si hoc sperasset, ea verba non adjecisset *d. l. mulier* 22. Etenim testator qui legat filiosfamilias, ideo apponit illam conditionem, ut filius legatum sibi acquirat, non patri *l. duos 70. ff. de cond. & dem.* Quocumque autem modo fiat sui juris filius, legatum sibi acquirit pleno jure: ac propterea impletur voluntas testatoris concedendo legatum filio cum emancipatur. Igitur licet verba testatoris aliud significare videantur; tamen voluntas potius, quam verba sunt consideranda *l. pater Severinam* 101. *in princ. ff. de cond. & dem.* Supra quoque, ut responderemus octavo argumento, ostendimus, quod tempus adjectum conditioni, aut conditio adjecta tempori, rei declarandæ causa, nullam vim habet, & frustra adjicitur. Verba illa, *morte patris*, adjiciuntur, ut declaretur quando filius sui juris efficiatur; ac propterea nullam vim habent.

His animadversis, ne dicamus, Ulpianum pugnantia inter se scripsisse, & tam bardum fuisse, ut a se ipso dissenserit, dissenserit a decreto D. Marci; affirmandum est, emancipatione conditionem illam extitisse: idque traditum etiam in nostra 30
l. fideicommissa 11. *§. si cui ff. de leg.* 3. Nec verba legis repugnant: ait enim, *non videri conditionem defecisse*; hoc est, conditionem videri extitisse. Sic enim accipitur passim in Jure nostro *l. multa 6. §. 1. ff. de cond. & dem. l. quæ sub conditione. §. mortuo ff. de condit. Inst.* nam conditio, quæ non defecit, extitit: cum deficere, & existere adversentur *l. Titia 21. ff. de usufr. leg.*

Expendamus jam verba, quæ subsequuntur: *Sed & cum mors patri contingat, quasi existente conditione ad fideicommissum admittetur.* Observandæ sunt particulæ illæ, *sed &*; quæ significant, *sed etiam, quin etiam.* Particula *&* sæpe significat *etiam. l. 1. C. de novat. l. 1. C. de compens. l. quod diximus in fin. ff. quod met. caus.*

Virgil. *lib.* 2. divini operis:

—— quorum Iphitus ævo
Jam gravior, Pelias & vulnere tardus Ulyssi.

Idem alibi:

Natus & ipse Dea.

Quintil. *Tamen si quid adversus te commisit adolescens, sit hostis & meus.* Plin. *lib. 7. cap. 30. Sed & nostrorum gloriam percenseamus.* Igitur *sed &* significat *sed etiam*, ut in *l. 2. in fin. ff. ne quis eum, qui in jus vocat.* Quamobrem hoc docemur in adducta lege, quod non solum conditio illa existit emancipatione, sed etiam morte patris. Recte Bartol. in *l. patri n. 2. ff. de vulg. & pupill.* ait, particulas *sed &* significare diversitatem fa-

cti

cti, & identitatem Juris. Utrovis igitur modo sit impleta conditio, sive emancipatione, sive morte patris, filius ad fideicommissum admittitur, nec post emancipationem mors patris est expectanda *l. mulier* 22. *ff. ad S. C. Trebell. l. si ita* 15. *ff. quando di. leg. ced.*

Nec obstat, quod dixerit Ulpianus: *quasi existente conditione:* cum revera non improprie existat conditio, si morte patris filius efficiatur sui juris. Etenim licet vox illa, *quasi*, aliquando improprietatem notet; tamen sæpenumero in Jure nostro adjicitur, cum traditur ratio, cur aliqua in re ita sit constitutum.
31 Quapropter verba illa, *quasi existente conditione*, continent rationem, cur etiam morte patris admittatur ad fideicommissum filius: nempe, quia existit conditio. In eadem significatione vox hæc usurpatur in *l. verum est* 63. §. *si cum tres ff. pro soc.* in *l. constitutionibus* 33. *ff. de oblig. & act.* in *l. si vero* 5. §. *hæc autem vers. quippe ff. de his qui effud. vel dejec.* in *l. si debitori* 47. *in princ. ff. de fidejuss.* Imo adjicitur etiam particula *quasi*, cum res consideratur, qua talis est. Sic alicui quasi liberto legari dicitur, cum ei legatur, qua libertus est: hoc est, cum testator ideo ei legat, quia libertus est, & quatenus libertus est *l. falsa* §. *sed si cui ff. de condit. & dem.* Et liberari dicitur quasi fidejussor, qui liberatur qua fidejussor est: videlicet tamquam fidejussorio nomine obligatus, non tamquam obligatus alia de causa *l.* 5. §. *ult. ff. de liber. legat.* Igitur *quasi existente conditione*, potest significare, quod conditio extiterit, qua talis est, & quatenus, & quomodo adjecta fuit a testatore. Cum filius emancipatur, conditio quidem non deficit, quia interpretamur, voluisse testatorem etiam in hunc casum filiosam. legare: sed tamen non existit eo modo, & quatenus adjecta fuit a testatore. Et ideo hoc casu non dixit Ulpianus extitisse conditionem, sed eam non defecisse: qua formula uti solent Jurisconsulti, cum conditio quidem non deficit, & debetur legatum; sed tamen non est impleta eo modo, quo eam testator adscripsit *l. quæ* 32 *sub conditione* 8. §. *mortuo ff. de cond. Instit. l. multa ff. de cond. & dem.* Cum vero filius sui juris efficitur morte patris, tunc vere conditio existit, quasi conditio, quia existit ad amussim, sicut a testatore fuit adscripta.

His expositis, constat, verissimum esse, quod in conditione non promiscua, cui dies adjectus est, ea impleta, dies non est expectandus. Argumenta autem omnia, quæ attulimus, referuntur ad quasdam exceptiones hujus regulæ, quas Pragmatici limitationes appellant, quas modo breviter perstringemus.

Prima igitur est, si dies vere non sit adjectus conditioni, sed ipsi legato & obligationi: tunc enim omnino est expectandus, ut in *l. uxori* 35. *ff. de usufr. legat. in l. si ita legatum* 103. *ff. de cond. & demonstr.* 33

Altera est, si legati solutioni adjecta sit aliqua particula extremum temporis articulum denotans, veluti *tum, tunc dato*, ut in *l.* 4. §. 1. *ff. de cond. & dem.* in *l. uxori* 35. *ff. de usufr. legat.*

Tertia est, si legatum vere sit in diem, non sub conditione, vel favore libertatis, & alimentorum, vel quia dies incertus sit adjectus solutioni legati, ut in *l. si ita scriptum* 16. *ff. de man. test. in l. pen. C. quando di. leg. ced.*

Quarta est, si non dies conditioni sit adjectus, sed conditio propter diem adscripta, ejus declarandi causa, ut in *l. si ita legatum* 103. *ff. de cond. & dem.* in *l. uxori* 35. *ff. de usufr. leg. &* in *l. fideicommissa* 11. §. *si cui ff. de legat.* 3.

Quinta est, si dies ita cohæreat conditioni, ut sine illo conditio impleri non possit, ut in *l. cum hæres* 4. §. *servire ff. de statu lib.* in *l. servus* 34. §. 1. *v. quid enim l. si peculium* 20. *ff. eod. in l. Thais* §. *Spendophorus, &* §. *libertatem ff. de fideic. lib.*

Sexta est, si conditio vere impleta non sit,

sit, sed a Jure pro impleta habeatur, quæ cohæret cum superiore: nam tunc locum habet hæc exceptio, cum conditio desiderabat certum tempus, & ante illud tempus defecit, sed a Jure pro impleta habetur, ut in *d. l. eum hæres* 4. *§. servire ff. de statu lib. cum similibus*, *& in l. libertis* 18. *§. ab hæredibus ff. de alim. leg. l. si ita scriptum* 16. *ff. de manum. testam.*

Septima est, si aliqua conjectura possimus assequi, eam fuisse mentem testatoris, ne ante diem legatum præstetur, ut in *l. Publius* 36. *§.* 1. *ff. de cond. & dem. & l. libertis §. ab hæredibus ff. de alim. vel cibar. legat.*

CAPUT XXII.

AD L. 1. *ff. de legat.* 2.

SUMMARIUM.

I. *An legatum & institutio conferri possint in alienam voluntatem?*
II. *Modestinus Ulpiani discipulus.*
III. *Legatum conferri posse in alterius arbitrium veluti conditionem, significat solum tacite conferri posse.*
IV. *Conditio semper tacite confertur in alienam voluntatem, & n. 6.*
V. *Aliud est, conferre in alienam voluntatem conditionem: aliud, legatum.*
VII. *Legatum aliquando tacite, aliquando expresse confertur in alienam voluntatem.*
VIII. *Magis repugnat legatum conferri in voluntatem hæredis, quam tertii. Legatum tacite, & in voluntatem tertii, & hæredis conferri potest.*
IX. *Exponitur* l. nonnumquam ff. de cond. & dem. *& conciliatur cum* l. 1. ff. de leg. 2.
X. *Quantum inter se differant conditiones:* si voluerit, *&* si adscenderit, *&* non adscenderit.
XI. *Conditio:* si adscenderit, *implenda est ubi primum potest impleri.*
XII. *Utraque conditio continet voluntatem Titii: non utraque validum facit legatum.*
XIII. *Libertas fideicommissaria committi potest voluntati hæredis.*
XIV. *An & voluntati extranei?*

Modestinus in *l. nonnumquam ff. de cond. & dem.* nos docet in alienam voluntatem conferri legatum non posse, & inutiliter hoc modo legari: *Si Mævius voluerit, Titio decem do.* Idem de hæredis institutione responsum est a Pomponio in *l. si quis Sempronium* 68. *ff. de hæred. instit.* Ratio est, quia testa- 1 mentorum jura ipsa per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere *l. illa institutio in princ. ff. eod. tit.*

Contra Ulpianus in *l.* 1. *in princ. ff. de legat.* 2. ait, legatum conferri posse in alterius arbitrium, & voluntatem. Verba legis hæc sunt: *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest: quid enim interest, si Titius in Capitolium adscenderit, mihi legetur, an, si voluerit?* Multi Interpretes, & quidem acutissimi, has leges omnino contrarias esse arbitrantur, & Ulpianum ab aliis Jurisconsultis dissensisse. Ego contra existimo, omnes idem sensisse, idem dixisse: ac Modestinum in *l. nonnumquam ff. de condit. & dem.* sententiam Ulpiani in hac nostra lege significatam paulo obscurius, explicare perquisitius, ac diligentius voluisse. Fuit enim Ulpiani discipulus Modestinus *l. si quis uxori* 52. *§. si quis as-* 2 *num ff. de furt.*

Ait Ulpianus: *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest.* Quid significant hæc verba? Nempe hoc: quod legatum conferri potest in alterius arbitrium, eodem modo, quo confertur, aut conferri potest conditio. Nec aliter, salva ratione Latini sermonis, hæc verba possumus interpretari. *Quo ex judicio, velut ex incendio, nudus effugit*, dixit olim Cicero in Clodium. Et Horatius:

> *Crescit, occulto velut arbor ævo,*
> *Fama Marcelli.*

Sed frustra tam perspicuæ interpretationi majorem lucem conamur afferre. Quoniam igitur legatum conferri potest in alterius arbitrium eodem modo, quo confertur conditio, videndum est, quomodo conferatur conditio in alienam vo-

lun-

luntatem: nam eodem modo conferri poterit etiam legatum. Dico igitur, quod conditio numquam nominatim & expresse confertur in alienam voluntatem, sed
3 semper tacite: imo, quod repugnat natura ipsa, & formula conditionis, quæ non patitur, ut expresse in alienam voluntatem conferatur. Itaque cum in hac lege Ulpianus nos doceat, quod legatum conferri potest in alterius arbitrium eodem modo, quo conditio, id ipsum nos docet, quod Modestinus in *d. l. nonnumquam:* videlicet, quod legatum tacite, non expresse conferri potest in alienam
4 voluntatem. Demonstrandum est igitur, conditionem semper tacite conferri in alterius voluntatem; numquam expresse: imo nec expresse conferri posse natura ipsius conditionis repugnante.

Separatum quiddam est a conditione legatum. Legatum continet id, quod est a testatore relictum. Conditio continet factum, quo suspenditur id, quod est re-
5 lictum a testatore. Itaque aliud est, in alienam voluntatem conferre legatum: aliud, conferre ipsam conditionem. Quapropter recte Ulpianus in hac lege separat, atque distinguit legatum collatum in alterius arbitrium a conditione in ejusdem arbitrium collata. Legatum confertur in alterius arbitrium, cum legatum ipsum immediate (ut ita dicam) pendet ab alterius voluntate. Conditio vero in alterius arbitrium confertur, cum factum illud, quo legatum suspenditur, ab aliena voluntate pendet. Dicam planius, si potero. *Lego Titio centum, si Cajus in Capitolium adscenderit*: Hic ipsa conditio collata est in voluntatem Caji. Conditio est factum adscendendi: factum adscendendi pendet a voluntate Caji. Igitur conditio ipsa pendet a voluntate Caji, in ejus voluntatem est collata. Rursus ponamus hoc modo legatum fuisse: *Lego Titio centum, si Cajus voluerit*. Hic legatum ipsum collatum est in voluntatem Caji, non vero conditio. Etenim id ipsum, quod relinquitur a testatore, committitur voluntati Caji. Conditio vero non est collata in voluntatem Caji: nam in conditione nullum factum positum est distinctum, ac separatum a voluntate Caji, a qua pendere debeat. Voluntas Caji est ipsa conditio. Nihil autem refertur ad se ipsum, sed unumquodque refertur ad aliud, quod sit ab ipso distinctum. Itaque non potest dici in voluntatem Caji conditio; sed legatum ipsum. Legatum enim conditionale confertur in eventum conditionis adjectæ: atqui eventus adjectæ conditionis est voluntas Caji: igitur legatum ipsum collatum est in Caji voluntatem, non conditio. Scio non semper hæc in Jure nostro distingui; quare conditio illa, in qua nominatim exprimitur voluntas aliena, aliquando dicitur collata in alienam voluntatem, licet revera non ipsa conditio, sed legatum sit collatum, aut obligatio, ut in *l. stipulatio* 17. *ff. de V. O. l. in venditis C. de contrah. empt. l. in personam* 22. §. *generaliter ff. de Reg. Jur.* Plerumque tamen hoc modo in alterius voluntatem conferri dicitur legatum ipsum; ipsa obligatio; seu, quod idem est, alienæ voluntati committi. *l. illa institutio* 32. *in princ. ff. de hæred. instit. l. nonnumquam in fine ff. de cond. & dem. l. Senatus* 43. §. *legatum ff. de leg.* 1. *l. fideicommissa* 46. §. *quamquam ff. de fideicomm. libert. l. fideicommissa* 11. §. *quamquam in fin. ff. de leg.* 3. *l. hæc venditio* 7. *l. si in emptione* 34. §. *si emptio ff. de contr. empt. l.* 2. §. *non utique*, *alias l.* 3. *ff. de eo quod certo loc.* Præterea cum in nostra *l.* 1. Ulpianus distinguat legatum collatum in alterius arbitrium a conditione in alterius arbitrium collata, utique nulla alia inter hæc duo potest excogitari differentia.

Quibus constitutis, satis constat, conditionem semper tacite conferri in alienam voluntatem: expresse autem nullo modo posse. Nam aut in conditione est expressa voluntas, aut non est expressa. Si non est expressa voluntas, ut in hoc legato: *Lego Titio centum, si Cajus in* 6

Ca-

Capitolium adscenderit: tacite conditio collata est in voluntatem Caji *l. si quis Sempronium 68. ff. de hæred. instit. l. nonnumquam in princ. ff. de cond. & dem.* Si vero sit nominatim expressa voluntas in conditione, legatum ipsum collatum erit in voluntatem Caji, non conditio; ut supra probavimus, & constat ex *d. l. nonnumqvam in fin.* & ex *l. illa institutio in princ. ff. de hæred. inst.* Verissimum est igitur, eam esse naturam, &, ut ita dicam, conditionem conditionis, ut solum tacite conferri possit in voluntatem alienam.

Progrediamur ultra. Conditio solum tacite confertur in alienam voluntatem: legatum aliquando confertur expresse, aliquando tacite. Expresse confertur hoc
7 modo: *Lego Titio centum, si Cajus voluerit.* Tacite confertur hoc modo: *Lego Titio centum, nisi Cajus noluerit*, argumento textus in *l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum ff. de leg.* 3. Nam verba illa: *nisi Cajus noluerit*, sic interpretantur, *si Cajus non repugnaverit, non contradixerit, cum primum poterit. d. l. vers. & primam.* Item tacite confertur legatum in alienam voluntatem hoc modo: *Lego Titio centum, cum Cajus voluerit.* In hoc enim legato tempus exprimitur, & tacite subest conditio voluntatis *l. si Titio* 22. *in princ. vers. nec interest. ff. quan. dies leg. ced.* Sciendum igitur est, quod legatum est inutile, si in alienam voluntatem conferatur expresse *l. nonnumquam in fin. ff. de cond. & dem.* si vero collatum sit in alienam voluntatem tacite, illis modis, quos nunc proposuimus, valebit legatum. Etenim illis modis conferri potest legatum etiam in voluntatem ipsius hæredis *l. fideicommissa* 11. §. *sic* 5. *ff. de leg.* 3. & §. *hoc autem* 6. *ejusd. legis. l. fideicommissa* 46. §. *quamquam ff. de fideic. libert. l. uxorem* 41. §. *pen. ff. de leg.*
8 3. magis autem repugnat legato voluntas hæredis adjecta, quam extranei *l. Senatus* §. *legatum ff. de leg.* 1. quia nulla obligatio conferri potest in voluntatem debitoris *l. sub hac* 8. *ff. de oblig. & act. l. stipulatio* 17. *l. a Titio* 108. §. 1. *l. centesimis* 46. *in fin. ff. de V. O. l.* 7. *ff. de contr. empt. l. in vendentis* 13. *C. eod. l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod cert. loc.* cum hoc repugnet naturæ ipsius obligationis, quæ necessitate debet adstringere debitorem *princ. tit. Inst. de oblig. l.* 3. *ff. de oblig. & act.*

His expositis, facilis est nostræ legis interpretatio. *In alterius arbitrium conferri legatum, veluti conditio potest.* Conditio confertur in alterius arbitrium solum tacite, ut probavimus: ergo si legatum conferri potest in alterius arbitrium, sicut conditio, ipsum quoque legatum conferri poterit solum tacite. Nempe iis modis, quos modo recensuimus; non autem expresse. Hoc & verissimum est, & confirmat communem sententiam, non eam labefactat. Quia vero hæc ab Ulpiano dicta erant paulo brevius, atque obscurius, idcirco Modestinus ejus studiosus eadem hæc dilatavit, & descripte, ac luculenter digessit in *l. nonnumquam ff. de cond. & dem.* Ac primum proposuit 9
exemplum conditionis collatæ in alienam voluntatem, docuitque, legatum utile esse: quia licet pendeat ab aliena voluntate; tamen voluntas in conditione non est expressa nominatim, uno verbo, quia conditio, non legatum erat collatum in alienam voluntatem. Deinceps subjicit exemplum legati collati in alienam voluntatem, & hoc inutile esse docet ea de causa, quia legatum in alienam voluntatem conferri non potest: ut nos doceat, quod in superiori exemplo erat utile legatum, quia non ipsum legatum erat collatum in alienam voluntatem, sed conditio legati. Denique subjicit regulam illam, quam & initio constituerat, quod expressa nocent, non expressa non nocent, ut intelligamus, etiam legatum ipsum tacite conferri posse in alienam voluntatem.

Nunc reliqua deinceps legis verba sunt explicanda. Ait Ulpianus: *Quid enim interest, si Titius in Capitolium adscenderit, mihi legetur, an, si voluerit?* Hæc ver-

verba si referamus ad legatum, & generaliter interpretemur, nihil interesse inter has formulas, & adjectiones: *Si volueris*, & *si in Capitolium adscenderis*, falsam omnino sententiam continent. Mul-
10 tum enim interest inter has duas conditiones. Si centum promittas sub hac conditione, *si volueris*, nulla contrahetur obligatio *l. sub hac* 8. *ff. de oblig. & act. l. centesimis in fin. ff. de V. O.* Si vero promittas sub hac conditione, *si in Capitolium adscenderis*, contrahetur obligatio, cum contrahatur etiam sub conditione, *si non adscenderis l. veluti* 27. §. 1. *l. quicquid* 99. §. 1. *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *ff. de V. O.* Rursus, si instituas hæredem sub conditione, *si Titius voluerit*, nulla erit institutio: at si instituas sub conditione, *si Titius in Capitolium adscenderit*, utilis erit institutio *l. si quis Sempronium* 68. *ff. de hæred. inst.* Neque vero existimandum est, tam bardum fuisse Ulpianum, ut non intelligeret, quantum hæc duo inter se differant. Legatum confertur in eventum conditionis: in illa, conditionis eventus est ipsa voluntas Titii; in hac, est factum adscendendi, non voluntas: in illa, statim ac Titius voluerit, legatum debebitur; in hac, etiamsi maxime velit legatum deberi, tamen non debebitur, nisi in Capitolium adscendat. Atqui ne adscendat multa in causa esse possunt. Potest morbo impediri, distineri negotiis, vel, dum piget illum adscendere, & procrastinat, mori, quod evenisse proponitur in *l. ult. vers. quod si non adscendisset ff. de cond. instit.* Finge etiam, Titio legatum ab alio relictum fuisse sub conditione, *si in Capitolium non adscenderit*, ut in *l.* 3. *ff. de leg.* 2. utique in Capitolium non adscendet, ut sibi legatum debeatur. Etenim etiamsi vellet, alteri quoque legatum deberi; tamen mavult, alium legatum amittere, quam se ipsum. Finge mille alias causas: nam ut Titius in Capitolium
11 adscendat, sine ejus incommodo fieri non potest, præsertim quia hæc conditio implenda est statim, ac potest impleri *l. hæc conditio* 29. *ff. de cond. & demonstr.* At vero ut Titius velit, sine ullo ejus incommodo fit: itaque adjecta hac conditione ipse omnino arbiter est, & quasi dator legati, quod est contra naturam ultimarum voluntatum *l. illa institutio ff. de hæred. instit.* Præterea multo magis pendet a voluntate conditio illa, *si in Capitolium non adscenderit*, quam hæc, *si in Capitolium adscenderit*: facilius est enim non adscendere, quam adscendere; & tamen etiam illa conditio multum differt a conditione, *si voluerit*, nam si quis promittat sub conditione, *si voluerit*, non obligatur; obligatur autem, si promittat sub conditione, *si non adscenderit in Capitolium*: ut modo probavimus.

Alia igitur horum verborum investiganda est interpretatio. Ea verba, quantum arbitror, ab Ulpiano videntur adjecta ad explicandum id, quod ante dixerat subobscure. Dixerat, legatum conferri posse in alterius arbitrium, eodem modo, quo confertur conditio. Dubitari poterat quomodo conditio conferatur in alterius voluntatem, ita ut differat, & distinguatur ab ipso legato in alterius voluntatem collato. Quod quia non est ita perspicuum, nos pluribus supra explicavimus, cum id nemo, quod sciam, animadverterit. Ulpianus autem more veterum Jurisconsultorum paucis verbis idem indicavit. Proposuit enim exemplum conditionis collatæ in alterius arbitrium, cujusmodi est illa: *si Titius in Capitolium adscenderit*; quod proponitur etiam a Modestino in *l. nonnumquam in princ. ff. de cond. & dem.* Ut autem ostenderet, hanc 12
conditionem collatam esse in voluntatem Titii, dixit: nihil interesse, *si Titius in Capitolium adscenderit*, *mihi legetur*, *an, si voluerit*. Nihil interest quoad comprehendendam voluntatem Titii, & efficiendum, ut utraque conditio contineat Titii voluntatem: sed quod valeat legatum, multum interest. In illa voluntas est expressa; in hac voluntas non est expres-

pressa; sed tamen & ipsa voluntatem continet, quia tacite inest. Sic in *l. quodcumque* 45. §. *non solam ff. de V. O.* Idem Ulpianus ait: quod nihil interest, dicat quis, *cum veneris*, an *si veneris; cum morieris*, an *si morieris:* quia in hac formula conditio est expressa: in illa vero tacite inest *l. si Titio* 22. *in princ. ff. quan. dies leg. ced.* Ceterum quoad actum, cui adjiciuntur, multum interest inter has duas particulas, *cum*, & *si*. Etenim si promittam sub conditione, *si volueris*, inutilis est stipulatio: si vero promittam, *cum volueris*, valet stipulatio *l. centesimis* §. *si ita cum seq. ff. de V. O.* Sic *in nostra lege* 1. nihil interest inter utramque conditionem, quoad voluntatem Titii, quæ utraque conditione continetur; non quod utrumque legatum valeat. Nam hoc legatum, *si Titius voluerit*, inutile esse putabat etiam Ulpianus. Conjectura id assequi possumus considerando sententiam ejusdem Ulpiani in *l. fideicommissa* 46. *ff. de fideicomm. libert.* Nulla res est tanto favore digna, quanto est libertas: itaque licet nullum legatum possit conferri in voluntatem, & nutum hæredis; tamen conferri potest libertas fideicom-
13 missaria, ut ait Ulpianus in *d. l. in princ.* Deinde quærit, an eodem modo libertas fideicommissaria conferri possit in voluntatem extranei, & in hoc videtur hæsitare, ac titubare: respondet enim his verbis: *mihi videtur posse diei valere libertatem, quia conditio potius est*. Quæ dubitatio, quanta hæsitatio, tractusque verborum? Proinde quasi non sufficiat favor libertatis, quærit adminicula, quibus fulciat sententiam suam, videlicet,
14 quod voluntas aliena sit adjecta tamquam conditio, tamquam aliquis eventus, tamquam aliquod factum. Quibus animadversis, constat, Ulpianum in alio legato multo aliter responsurum fuisse. Nam si alia quoque legata recte conferrentur in alienam voluntatem, quis de libertate posset dubitare? Quæ amentia esset, si hæsitaret in legato libertatis ille, qui in aliis legatis sine hæsitatione responderat, posse in alterius arbitrium conferri? Præsertim cum ille ipse Ulpianus paulo ante dixerit, libertatem conferri posse in voluntatem hæredis, in quam nullum aliud legatum conferri potest. Hæc sunt, quæ ad explicationem hujus legis, si non ad mentem Ulpiani, saltem dilucide, quantum natura rei ferebat, a nobis exponenda esse duximus.

CAPUT XXIII.

AD L. SUB HAC

8. *ff. de oblig. & act.*

SUMMARIUM.

I. *Sub conditione*, si volam, *nulla contrahitur obligatio*.
II. *Contractus non ante perficitur, quam sit impleta conditio*.
III. *Giphanius reprehenditur*.
IV. *Harprechti sententia reprobatur*.
V. *Ex contractu conditionali fingitur initio nata obligatio*.
VI. *Cujacius reprehenditur*.
VII. *Qua in re differant hæ duæ conditiones:* si volam, & si voluero.
VIII. *Qui contrahunt sub his conditionibus non habent animum obligandi*.
IX. *Contractus simulati nullam vim habent*.
X. *Conditiones in præsens, vel in præteritum collatæ statim perimunt obligationem, si falsæ sint*.
XI. *Conditio, quæ semel defecit, amplius impleri non potest*.
XII. *Conditio, quæ personæ cohæret, ab alio impleri non potest*.
XIII. *Conditiones prædictæ cohærent personæ promissoris*.
XIV. *Quantum hac in re differant contractus a legatis*.

Quoniam supra diximus, obligationem conferri non posse in voluntatem debitoris, quæ sententia cum stabiliri, tum infirmari videtur *l. sub hac* 8. *ff. de oblig. & act.* idcirco eam explicare operæ pretium esse ducimus. Est autem multo difficilior, quam plerique opinantur, & multo aliter exponenda, quam Do-

Doctissimi Viri arbitrantur.

Ait Pomponius: *Sub hac conditione, si volam, nulla contrahitur obligatio: pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis,*
1 *cogi non possis*. Hactenus recte: & consentit cum aliis Jurisconsultis in *l. stipulatio* 17. *ff. de V. O.* in *l. centesimis* 46. *in fin.* in *l. a Titio* 108. §. 1. *ff. eod.* in *l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod cert. loc.* in *l.* 7. *ff. de contr. empt.* in *l. in vendentis* 13. *C. eod. tit.* in *l. Senatus* §. *legatum ff. de leg.* 1. sed verba, quæ sequuntur, non solum aliorum sententiæ videntur esse contraria, sed etiam cum ipsius Pomponii sententia dissidere. Ait enim: *Nam nec heres promissoris ejus, qui numquam dare voluerit, tenetur: quia hæc conditio in ipsum promissorem numquam extitit*. Ideo non tenetur hæres promissoris, quia conditio defecit, quia promissor numquam dare voluit: ergo si non defecisset conditio, si promissor dare voluisset, teneretur hæres, & contracta fuisset obligatio. Est hoc fortissimum argumentum *l.* 1. *in princ. ff. de officio ejus cui mand.* Est hoc commune omnibus conditionibus. Ideo enim non nascitur obligatio ex contractu, cui adjecta est cujusquemodi conditio, quia conditio non extitit *l. si quis* 37. *in fin. ff.*
2 *de contr. empt.* nam contractus non ante perficitur, quam sit impleta conditio *l.* 7. *in princ. ff. eod. tit.* Non differt igitur hæc conditio ab aliis conditionibus: sed aliæ conditiones contractibus recte adjiciuntur §. *omnis, cum duobus seqq. Inst. tit. de V. O.* ergo non minus recte adjicietur hæc conditio. Quid igitur est, quod ait J. C. *initio legis:* sub hac conditione nullam contrahi obligationem.

Giphanius putat, in hac secunda legis parte Pomponium tractare de eo, qui promisit sub conditione, *cum volueris*, quæ conditio non infirmat stipulationem; de-
3 ficit tamen moriente promissore, antequam velit *l. centesimis* §. *si ita ff. de V. O.* Hoc quia perspicue falsum est, non attinet refutari. Numquam ei, qui verba legis accurate consideraverit, hoc poterit persuaderi.

Harprechtus, Vir in primis copiosus, & doctus, ait, inutilem esse stipulationem; sed si promissor voluerit, existente conditione convalescere. Omitto pervulgatam illam regulam: *Quod initio non valet, tractu temporis non convalescit*. Ab- 4
surdum videtur, ut conditio illa, quæ adjecta omnino infirmat stipulationem, eamdem confirmet existens. Si existente conditione nascitur obligatio, falsum est, quod dixit J. C. *Sub hac conditione nullam contrahi obligationem*. Omnis conditio suspendit obligationem, donec existat *l. cedere diem ff. de V. S. l. legata* 41. *ff. de cond. & dem.* sed cum retrotrahatur in con- 5
tractibus ad tempus celebrati contractus, initio contracta videtur obligatio *l. necessario* 8. *in princ. ff. de peric. & comm. rei vend. l. sub conditione* 16. *ff. de solut. l. filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. potior* 11. §. 1. *ff. qui pot. in pig. hab.* spectamus enim id tempus, quo contrahimus *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* Falsum est igitur, nullam contrahi obligationem, cum vel ab initio contracta videatur. Exemplum autem ab Harprechto allatum ad rem non pertinere vel cæci videant.

Doctissimus Cujacius docet, hanc stipulationem inutilem non esse. Discrepant
enim inter se hæ duæ conditiones *si volam*, & *si voluero*; hæc semper infirmat 6
stipulationem, cui adjicitur: illa non infirmat stipulationem, si existat ante mortem promissoris, nec obstat obligationi.

Si hæc approbamus, qua ratione tuebimur, ac defendemus Pomponium, qui initio legis affirmat, nullam contrahi obligationem, & pro infecta haberi stipulationem? Quid? an non alii omnes clamant, in voluntatem debitoris conferri non posse obligationem? an debeat, in voluntate debitoris poni non posse? non posse a voluntate debitoris statum capere promissionem *l. stipulatio* 17. *ff. de V. O. l. in vendentis* 13. *C. de contr. empt. l.* 7. *in princ. ff. eod. l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod cert. loc. l. a Titio* 108. §. 1. *ff. de V. O.* Discrepant quidem quoad electio- 7
nem

nem hæ duæ conditiones, *ſi volam*, & *ſi voluero*. Illa tractum quemdam habet, & infinitum tempus comprehendit: hæc momento temporis conſumitur, & primam voluntatem demonſtrat, quia quiddam præteriti temporis habet admixtum. Itaque qui promiſit, ſe daturum ſervum, quem *volet*, poteſt ſemper mutare electionem, donec aliquem ſervum dederit. At qui promiſit, ſe daturum ſervum, quem *voluerit*, electionem mutare non poteſt, & tenetur eum dare, quem ſemel elegerit: quia jam voluit, & ſolus actus voluntatis ſtipulatione continetur ſine tractu temporis infiniti, quo actu perfecto, iterum velle non poteſt *l. ſi quis* 112. *ff. de V. O.* Sed hæc noſtræ legi non poſſunt accommodari. Neque enim minus repugnat naturæ, & neceſſitati obligationis hæc, quam illa conditio. Non quærimus, an mutari poſſit voluntas; ſed, an poſita ſit in voluntate debitoris obligatio. Conditio illa, *ſi volam*, eo magis in mea voluntate ponit obligationem, quo magis liberam continet voluntatem: poſſum enim ſemper eam mutare, & adhuc liber ſum, etiam poſtquam voluero.

Dicam ego quod ſentio, ita tamen, ut meam ſententiam nulli prælatam velim. Duo ſunt, quæ, meo judicio, docere nos voluit Pomponius in hac lege. Primum eſt, quod adjecta hac conditione, contrahi non poteſt obligatio, non ſolum quia hæc conditio repugnat naturæ obligationis, ſed etiam quia contrahentes nolunt contrahere obligationem. Nam neque ille, qui ſtipulatur ſub con-
8 ditione, *ſi debitor voluerit*, habet animum obligandi promiſſoris, neque promiſſor habet animum ſe obligandi, qui promittit ſe daturum, *ſi voluerit*. Ludunt, & jocantur contrahentes, non revera contrahunt: nam ſine animo, & propoſito contrahendi obligatio non contrahitur *l.* 3. *§. ult. ff. de oblig. & act. l. nuda ff. de contr. empt.* Itaque nec contractus imagi-
9 narii, & ſimulati ullam vim habent *d. l. nuda*, & *l.* 1. *§. Divi fratres ff. de quæſt. l. creditor* 20. *C. de don. inter vir. & uxor. l. cum ea C. de tranſact. l. ſi ex pretio C. ſi cert. pet. l. ſi obligatum C. de ſolut.* Varro *lib.* 5. *de Ling. Lat. Non ſpondet ſtatim, qui dixit, ſpondeo, ſi jocandi cauſa dixit: neque agi poteſt cum eo ex ſponſu*. Simile quid de conditione impoſſibili Mæcianus reſpondit in *l. non ſolum ff. de oblig. & act.* Adjecta conditione impoſſibili contrahentes non obligantur: quia procul dubio ejuſmodi eſt eorum cogitatio, ut nihil agi exiſtiment, appoſita ea conditione, quam ſciant eſſe impoſſibilem. Sic appoſita conditione; *ſi volueris*, aut, *ſi voles*, nihil agi exiſtimant contrahentes, & nolunt contrahere obligationem. Quamobrem hæc conditio ſtatim deficit, quia ſtatim certum eſt, nolle obligari promiſſorem; & proinde ſtatim quoque nulla eſt ſtipulatio, ut accidit in conditionibus in præſens, vel in præteritum tempus 10
collatis, quæ, ſi falſæ ſint, ſtatim perimunt obligationem *§. conditiones Inſt. tit. de V. O. l. conditio* 100. *ff. de V. O. l. cum ad præſens* 37. *cum ſeqq. ff. de reb. cred.* Hæc voluit ſignificare Pomponius in *noſtra lege*, cum ait: *pro non dicto enim eſt, quod dare, niſi velis, cogi non poſſis.* Videlicet pro infecto habetur contractus, cum deſit animus ſe obligandi, ſicut pro infectis habentur, quæ ſimulantur *l. cum ea C. de tranſact. l. ſi ex pretio C. ſi cert. pet.* Deinde ſubdit, quod hæc conditio in ipſum promiſſorem numquam extitit, qui numquam dare voluit: quibus explicat, promiſſorem non habuiſſe animum ſe obligandi, numquam dare voluiſſe, ſtatim defeciſſe conditionem: quia dare non vult, qui ita promittit.

Atque huc referendum eſſe puto, quod traditur de fidejuſſoribus. Fidejuſſor in alienam obligationem accipi non poteſt, non poteſt debere id, quod non debet principalis debitor *l. ſi ita* 42. *l.* 8. *§. ſi quis Stichum ff. de fidejuſſ.* Itaque ſi reus principalis promiſerit Stichum, aut Pamphilum, fidejuſſor autem promittat Stichum, utilis erit fidejuſſio *l. bi qui* 34. & *l.* 8. *§.* con-

contra ff. de fidejuss. Ita tamen, ut pendeat fidejussio; nam si reus principalis voluerit solvere Pamphilum, quem non promisit fidejussor, non erit obligatus fidejussor. Contra vero si reus principalis promiserit decem, aut Stichum, statim est inutilis fidejussio *d. l.* 8. §. *si quis Stichum*, & *l. si Stichum* 38. *ff. de fidejuss.* Non expectatur hic, ut fidejussor eligat Stichum, quem non debet principalis: quia initio præsumitur, hunc elegisse, & noluisse se obligare, qui hoc modo contraxit. Sic in eo, qui promisit se daturum, *si volet*, non expectatur ut velit, statim nolle præsumitur; statim deficit conditio; & cum semel defecerit, amplius impleri non potest *l. Thais* 41.
11 §. *intra ff. de fideic. lib. L pupillorum C. de adm. tut.*

Est & aliud quiddam, quod nos voluit docere Pomponius in hac lege, ut proposuimus; videlicet, hanc conditionem injunctam esse personæ promissoris, eique cohærere, ita ut ab alio impleri
12 non possit, nec ab ipso ejus hærede. Promissor non tenetur iis de causis, quas modo diximus. Hæres autem promissoris alia quoque de causa non tenetur,
13 quia conditio personæ promissoris erat injuncta, & cum in ipsum non extiterit, ab ejus hærede non potest impleri. Itaque etsi stipulatio natura sua esset utilis; tamen non teneretur, quia morte promissoris deficeret conditio *l. si ita expressum* 69. *ff. de cond. & dem.* Explicat hanc Pomponii sententiam Paulus in *l. centesimis* §. *si ita ff. de V. O.* ubi ait, quod si quis ita stipuletur: *cum volueris, dabis*, quidam putarunt, utilem esse stipulationem: sed evanescere, si moriaris, antequam te velle constituas: idque verum esse. Est utilis hæc stipulatio; & tamen hæres promissoris non tenetur, quia ipse conditionem implere non potest. Et hoc est, quod monere voluit Pomponius in secunda parte legis nostræ: nempe, quod hæres multo minus tenetur, quam promissor: nam etsi conditio illa non corrumperet stipulationem; tamen hæres ejus promissoris, qui numquam voluit, non potest obligari, quia conditio injuncta est personæ promissoris.

Neque hoc temere admonuit. Sed primum, ut intelligamus, etiam in casu, quo valet similis stipulatio; tamen hæredem non teneri, si promissor numquam voluit: qui casus refertur a Paulo in *d. l. centesimis*.

Præterea, ut ostenderet quantum contractus differrent a legatis. In his enim 14
si debitor, antequam moriatur, non constituat, se velle solvere fideicommissum, hæres ejus statim tenetur ad solvendum *l. fideicommissa* 11. §. *hoc autem*, & *l. uxorem* §. *Scævola ff. de leg.* 3. Itaque in contractibus morte debitoris deficit conditio: contra in fideicommissis morte debitoris extitit.

CAPUT XXIV.

AD L. OBTINUIT

3. *ff. de cond. & dem.*

SUMMARIUM.

I. Conditionum impossibilium genera.
II. Conditiones natura impossibiles quæ: & an detrahantur?
III. Conditio impossibilis natura vitiat contractus: & quare? n. 4.
IV. Differentia inter contractus, & ultimas voluntates.
V. Testatoris maxime interest suam voluntatem exitum habere.
VI. Jus Civile vigilantibus scriptum est.
VII. Jus Civile favore testatorum aliquando inducit aliquid contra eorum mentem.
VIII. Lex Falcidia favore testatorum, & hæredum lata.
IX. Longissimum tempus, quo quis vivere non possit, detrahitur.
X. Statu liber ab alio manumissus non Romanam, sed Latinam libertatem consequebatur.
XI. Quidam dabant libertatem in tempus mortis, ne servus umquam posset ad libertatem pervenire.
XII. Millies quanta summa: & an faciat impossibilem conditionem.
XIII. Reprehenditur Chesii expositio.
XIV. Falsæ conditiones quæ, & earum genera.
XV. Conditiones, quæ semper falsæ fuerunt, detrahuntur.

XVI.

XVI. Item, quæ falsæ factæ sunt, aut ante conditum testamentum, aut per hæredis institutionem.

XVIII. Detrahuntur etiam conditiones, quas testator falsas esse ignoravit.

XIX. Aufertur legatum, & donatio manumisso, qui natales repetiit.

XXII. Conditio reddendi tabulas vi ipsa continet liberationem.

XXIII. Conditio hæc non est impossibilis, etiam tabulis non existentibus, nisi cum hæres debitor non est.

XXIV. Conditio, quæ falsa esse incipit post conditum testamentum, non detrahitur.

XXV. Aliud est detrahi conditionem: *aliud eam* non *deficere, aut pro impleta haberi.*

XXVI. Conditio restituendi res in dotem datas impletur restituendo quicquid superest.

XXVII. Periculum rerum dotalium æstimatarum pertinet ad maritum: & quare, n. 28.

XXIX. Conditio jurisjurandi remittitur, & resolvitur in modum, adeo ut legatum non sit amplius conditionale, & factum implendum sit solum, si potest.

XXXI. Viventis nulla est hæreditas: nec recipit æstimationem.

XXXII. Æstimatio, quanti plurimi, respicit tempus præteritum, non futurum.

XXXIII. An conditio pro impleta habeatur, cum per legatarium non stetit, quominus impleatur.

XXXIV. Si conditio post mortem testatoris fiat falsa, non detrahitur, sed aliquando pro impleta habetur.

XXXV. Conditiones a Jure improbatæ sunt impossibiles; quot earum species; detrahuntur etiam ex testamento militis.

XXXVI. Aliquando improbatur a Jure conditio: aliquando ipsa dispositio.

XXXVII. Cum improbatur dispositio, ipsa corruit: vide exempla.

XXXVIII. Vitiosa, & impossibilis dispositio valere non potest: & quando sit ejusmodi.

XXXIX. Cur non valeat dispositio captatoria, perplexa, & in alienam voluntatem collata.

XL. Dies aliquando reddit dispositionem impossibilem.

XLI. Imo potius reddit impossibilem solutionem, quia dies non efficit substantiam dispositionis.

XLII. Cum habetur pro non scripta solutio præcepta a testatore, succedit necessitas solvendi juxta naturam obligationis.

XLIII. Angustiæ temporis reddunt nullum contractum, & quare?

XLV. Conditiones turpes, quæ neque legibus, neque bonis moribus repugnant, non remittuntur.

O*Btinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas*. Brevis, & clara lex, sed magnis controversiis implicata: propterea perspicue est explicanda. Conditiones, quæ pro
1 nullis habentur, aut impossibiles sunt, aut falsæ, aut contra jus: vel, ut cum nostris loquar, quædam sunt impossibiles natura, quædam ex suppositione, quædam Jure.

Impossibiles natura sunt, quibus natu- 2
ra impedimento est, quominus possint existere §. *si impossibilis Inst. tit. de inutil. stipul.* Harum hujusmodi exemplum in Jure nostro proponitur: *si digito cœlum tetigeris:* ut in *d. §. si impossibilis, & in l. cum in secundo in fin. ff. de injust. rupt.* Veteres Scriptores *digito cœlum attingere* dicebant eos, qui ad summum insolitæ felicitatis fastigium videbantur evecti. Eleganter Cicero ad Atticum: *Nostri autem Principes digito se cœlum putant attingere, si mulli barbati in piscinis sunt, qui ad manus accedant*. Horat.

—— *Sublimi feriam sidera vertice.*

Lysimachus devicta Thracia, cum ad eum Byzantio legati venissent, dixisse fertur: *Nunc ad me veniunt Byzantii, cum hasta cœlum tango*. Argute respondit Pasiades: *Abeamus hinc, ne cuspide cœlum perforet*.

Nostri vero Juris Conditores hæc verba naturaliter acceperunt, & impossibilem conditionem continere statuerunt *d. §. si impossibilis, & d. l. cum in secundo*: & ideo pro non scriptis habenda esse in testamentis, cum impossibiles conditiones detrahantur ab ultimis voluntatibus, & pro non adjectis habeantur *l. obtinuit 3. ff. de cond. & demonst. l. 1. ff. de cond. inst. §. impossibilis Inst. tit. de hæred. inst.*

Duo tamen occurrunt, quæ homines etiam in Jure exercitatos impediunt, & nutare cogunt in hac sententia defendenda. Primum, exemplum contractuum, quos 3
inutiles esse adjecta impossibili conditione certo certius est *l. non solum ff. de oblig. & act. l. impossibilis 7. ff. de V. O. §. si impossibilis Inst. tit. de inut. stip. l. si sub impossibili 29. ff. de fidejuss.*

Sed hunc nodum dissolvit Mæcianus
in *l. non solum ff. de oblig. & act.* ubi dis- 4
crimen inter contractus, & ultimas voluntates nobis indicat his verbis: *Quia in*

in ea re, quæ ex duorum, pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem. Hæc ratio non convenit ultimis voluntatibus, quæ solius disponentis voluntate constant, non duorum, pluriumve consensu. In ultimis voluntatibus ille, cujus maxime interest valere dispositionem, videlicet hæres, aut legatarius, non intervenit dispositioni, ut possit impedire, ne testator adjiciat impossibilem conditionem: & quamvis interveniret, id impedire non posset, quia in ultima dispositione ejus voluntas non spectatur. In contractibus maxime interest ejus, qui se obligat, ne contractus valeat: adeoque facile præsumitur, eum obligari noluisse. In altero contrahente facile etiam admittitur præsumptio, eum nihil agere voluisse: ea de causa, quia consensit adjectioni conditionis impossibilis, quam sciebat existere non posse. In defunctorum disposi-
5 tionibus contraria omnia. Testatoris maxime interest voluntatem suam exitum habere *l. & quia ff. de interr. act. §. licet Inst. tit. quib. manum. non lic. princ. tit. Inst. de Leg. Falcid.* adeoque præsumi non potest, eum inutiliter disponere voluisse. Maxime quoque interest ejus, cui aliquid in testamento relinquitur *l. potest hæres ff. ad Leg. Falc.* sed non potest ei imputari, cur consenserit conditioni impossibili, quia nec intervenit, nec spectatur ejus voluntas in ultima dispositione.

Concurrit etiam favor ultimæ voluntatis. Neque enim is sum, qui hac in re Bartholum, & alios reprehendam. Poterat enim lex improbare dispositionem, tamquam ab homine non sanæ mentis factam *l. 2. & l. 5. in fin. ff. de inoffic. testam. princ. tit. Inst. eod.* Eleganter Terentius in *Heautont. act. 2. scen. 3.*

Siquidem id sapere est, velle te id, quod non potest contingere.

Maluit autem præsumere conditionem incaute excidisse. Poterat nihilominus, etiam admissa hac præsumptione, non approbare dispositionem. Sibi enim imputet testator, si incaute, & inconsulto dis-
posuit: nam Jus Civile vigilantibus scri- 6
ptum est. *l. pupillus 24. ff. quæ in fraud. credit.* Hæc omnia insuper habuerunt Jurisconsulti Veteres, ut faverent tum testatoribus, tum hæredibus, & aliis, quibus aliquid sub hujusmodi conditione fuerat in testamento relictum. Animadvertebant enim, legem ipsam aliquando favore tam testatorum, quam hæredum ali-
quid statuere contra voluntatem defuncti. 7
Exemplo sit Lex Falcidia, quæ inducta est contra sententiam testatorum *l. Titia*
86. in fin. ff. ad Leg. Falcid. favore ta- 8
men eorumdem testatorum *princ. tit. Inst. de Leg. Falcid.* & etiam hæredum *l. potest ff. eod.* Quanto magis igitur ad servandam ultimam voluntatem præsumi debet, conditionem incauto testatori, & turbato cogitatione mortalitatis excidisse: eique venia danda est: nec ejus incogitantiæ imputandum est, quod sibi consultius non providerit.

Alterum est Pauli responsum in *l. cum hæres §. non est statu liber ff. de statu lib. Non est statu liber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore, qui manumissus est, vivere non possit: aut si tam difficilem, imo pene impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit: veluti si hæredi millies dedisset, aut cum moreretur, liberum esse jussisset: sic enim libertas inutiliter datur: & ita Julianus scribit: quia nec animus dandæ libertatis est.* Duæ hic condi-
tiones impossibiles proponuntur. Longis- 9
simum tempus, quo vivere non possit is, qui manumissus est. Hujusmodi tempus detrahi solet *l. si mihi 12. §. si quis servos ff. de leg. 1.* sed hæc vitiat legatum libertatis, quo nullum est favorabilius. Altera est conditio: *si millies dederit:* quam pene impossibilem dicit Jurisconsultus, conficit enim vicies quinquies cen-

centena millia nostrorum scutorum. Hic autem monendum, quod & alias indicavimus, perperam quosdam legere *mille*, aut *decem millia*: nam sub hac conditione libertas recte datur, ut videre est apud Ulpianum *in fragm. tit. de statu lib. §. sub hac conditione*.

Hæc omnia, quæ libertati obstare videntur, favore ipsius libertatis sunt introducta. Atque ut hoc demonstremus, duo sunt præmittenda. Primum, quod si
10 statu liber ab alio manumitteretur, non Romanam, sed Latinam libertatem consequebatur *l. un. §. sed etsi sub conditione C. de Latin. libert. toll.* Fiebat enim Latinus, non Civis Romanus, & quamvis viveret tamquam liber; tamen ultimo vitæ momento in servitutem redigebatur, & patronus, tamquam dominus, omnia ejus bona occupabat *d. l. un. in princ. & §. sed scimus, & §. sed & qui, & §. illud etiam, & §. similique modo*. Præterea præmittendum est, quod olim introductum fuerat dare libertatem servis in tempus mortis, ne illi possent um-
11 quam ad Romanam, & veram libertatem pervenire; nam si in vita ab alio fuissent manumissi, Latinam solum libertatem consequebantur, hoc est, quodammodo in pristina servitute remanebant, ut ait Justinianus in *l. un. §. sed & qui domini C. de Lat. libert. toll.* adeoque solebant domini hoc modo libertatem dare, non animo dandæ libertatis, sed potius ejus impediendæ, ne servi umquam ad libertatem pervenirent. Hæc luculenter explicat Pomponius in *l. ult. ff. de manum. testam.* ubi etiam hunc modum dandæ libertatis comparat illi, cum testator hæredi interdicit, ne pendente conditione servum manumittat.

His probe constitutis, facilis est expositio laudatæ legis. Vitiosum est legatum, nec valet datio libertatis, quia testator non habet animum dandæ libertatis, ibi: *quia nec animus dandæ libertatis est*: dat enim libertatem sub ea conditione, quam scit vivo servo non extituram. Habet igitur animum impediendæ libertatis: hæc enim conditio efficit, ne umquam ad veram libertatem possit pervenire, etiamsi ab alio manumittatur, ibi: *ut aliunde ei libertas obtingere non possit*. Cessante animo, & voluntate testatoris, non potest consequi libertatem: & ideo non detrahitur conditio. Favore autem libertatis constitutum est, inutile esse legatum, ne libertas impediatur, & aliunde possit obtingere.

Animadvertendum autem est, eas conditiones non esse impossibiles. In primo legato potius impossibile est ipsum legatum, quam conditio. Tempus enim extiturum est, sed tunc libertas obtingere non poterit. Sed de hoc infra dicemus. In secundo legato conditio est quidem difficilis, ac pene impossibilis, non tamen vere impossibilis; adeoque non est 12
ejus generis conditio, quæ detrahi debeat. Difficile est *millies* dare, non impossibile. Senec. *lib. 1. natural. quæst.* de quodam Hostio: *Hunc divitem avarum, sestertium millies servum, Divus Augustus indignum vindicta judicavit, cum a servis occisus esset, & tamen non pronuntiavit jure cæsum videri*. Id. *lib. 2. de Benefic. cap. 27. Cn. Lentulus Augur, divitiarum maximum exemplum, antequam illum libertini pauperem facerent: hic quater millies sestertium suum vidit*. Deinceps subdit: *Hic cum omnia incrementa sua D. Augusto deberet, ad quem attulerat paupertatem, sub onere nobilitatis laborantem, Princeps jam Civitatis & pecunia, & gratia, subinde Augusto solebat queri, dicens, se a studiis abductum. Nihil tantum in se congestum esse, quantum perdidisset relicta eloquentia*. Qui possedit quater millies, & a libertinis factus est pauper, potuit servus millies dare, ut libertatem consequeretur. Plin. *lib. 33. cap. 10. M. Crassus negabat, locupletem esse, nisi qui reddito annuo legionem tueri posset. In agris suis sestertium bis millies possedit. Quiritium post Syllam ditissimus. Multos postea cognovimus, servitute liberatos*,

ratos, *opulentiores*, *pariterque tres Claudii principatu*, *Pallantem*, *Callistum*, *&* *Narcissum*; Idem Plin. *lib.* 36. *cap.* 15. *de* M. Scauro: *Sed & reliquus apparatus tantus Attalica veste*, *tabulis pictis*, *ceteroque choragio fuit*, *ut in Tusculanam villam reportatis*, *quæ superfuerant*, *quotidiani usus deliciis*, *incensa villa ab iratis servis*, *concremarentur ad his millies*. Nero Tiridati abeunti millies dono dedit. Mitto reliqua. Hoc tantum addo, falli doctissimum Virum, qui putat, hæc
13 legata relinqui potius animo impediendæ, quam dandæ libertatis, quia nemo manumissurus sit eum servum, qui existente conditione futurus est libertus orcinus *l.* 2. *in princ. ff. de statu lib.* Etenim nemo vereri potest, ne existat conditio pene impossibilis. Quis enim futurus est tam liberalis, ut velit pro servo millies solvere? aut qua ratione poterit ipse immensam pecuniæ summam conficere? Demus, eam confecisse. Quæ causa potest ipsum impellere ad implendam conditionem, solvendamque tam ingentem pecuniæ summam, si jam ab alio libertatem est consecutus? quam facile poterit declinare solvendi necessitatem? Multo minus vereri potest, ne vivo servo dies existat, si servus in tam longum tempus manumissus est, ut eo tempore vivere non possit. Neminem retrahere potest a manumittendo periculum remotissimum; imo, aut omnino, aut pene impossibile.

Progrediamur ad alterum genus conditionum impossibilium, quæ falsæ dicuntur *in l. cum tale §. falsam conditionem*
14 *ff. de cond. & demonst.* Dialectici dicerent, esse de subjecto non supponente: Nostri dicunt impossibiles ex suppositione, vel per accidens. Quoad has conditiones, tria tempora sunt consideranda, quæ cum non separent, atque distinguant Interpretes nostri, & omnem docendi rationem perturbant, & quæstionem per se obscuram densissimis tenebris involvunt. Tempus ante conditum testamentum: tempus post conditum testamentum: & tempus post mortem testatoris. Sunt enim quædam conditiones, quæ semper fuerunt impossibiles, etiam ante conditum testamentum: aliæ factæ sunt impossibiles post conditum testamentum, sed in vita testatoris: aliæ post ejus mortem.

Separatis hisce temporibus, illud statuendum est: eas solas conditiones detrahi, tamquam impossibiles, & pro non 15
scriptis haberi, quæ aut semper fuerunt impossibiles: aut saltem erant impossibiles tempore conditi testamenti. In *l. si Mævia* 45. *ff. de hæred. inst.* testator instituerat Lucium Titium hæredem sub conditione: *si filia mea vivet*. Filiam numquam habuerat. Respondit J.C. Titium hæredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet. In *l. libertate* 26. *in fin. ff. de statu lib. Servus jussus reddita ratione ad libertatem pervenire*: *licet nullam administraverit rationem*, *nihilominus liber erit*. In *l. cum tale §. falsam conditionem ff. de condit. & dem. Falsam conditionem Cassius*, *& Cœlius Sabinus impossibilem esse dixerunt*: *veluti*: *Pamphilus*, *si quod Titio debeo*, *solverit*, *liber esto*, *si modo nihil Titio fuit debitum*.

De conditionibus, quæ non fuerunt 16
semper impossibiles, sed tamen factæ sunt impossibiles ante testamentum conditum, exempla proponuntur in *l. multa §.* 1. *ff. de cond. & demonst.* ubi filia, quæ in conditione viva supponebatur a testatore, mortua erat ante testamentum: in *l. ab omnibus §. in testamento ff. de leg.* 1.

Idem dicendum, si per ipsam institutionem conditio fiat impossibilis. In *l. si qui ita* 4. *ff. de condit. instit.* quidam hæredem instituerat sub conditione, si servum hæreditarium non alienaverit. Si solus hæres institutus sit, impossibilis est conditio, quia nemo alius hæres est, cui cavere possit, se non alienaturum. In *l. mulier* 20. *ff. eod.* mulier, quæ viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum hæredem ita instituit: *si eam pecuniam*,

niam, *quam doti promiſiſſet*, *neque petiſſet*, *exegiſſet*. Si vir ſolus hæres inſtitutus ſit, impoſſibilis eſt conditio, & pro non ſcripta accipienda eſt. Nemo enim eſt, a quo poſſit exigere, aut cui poſſit acceptum facere, & per confuſionem tollitur obligatio *l. Stichum* §. *aditio ff. de ſolut.* Has conditiones ipſe teſtator reddit impoſſibiles, unicum hæredem inſtituendo.

Antequam progrediamur ad tempus poſt teſtamentum conditum, explicandæ ſunt nonnullæ leges, quæ his, quæ hactenus conſtituimus, videntur eſſe contrariæ. Primum autem contrarium reſpondetur in *l. ſervo* 58. *ff. de condict. indeb.* Teſtator legaverat ſervo ſuo centum, ſi ex teſtamento ad libertatem perveniſſet: ſervus poſtea ingenuus pronuntiatus eſt. Reſpondit Papinianus, legatum non deberi, & ſolutum repeti poſſe. Hæc conditio ſemper fuit impoſſibilis: non poteſt enim ad libertatem ingenuus pervenire §. *ult. Inſt. tit. de ingen. l.* 1. & 2. *C. de ingen. manum.* & tamen vitiat legatum, adeo ut etiamſi ſolutum fuerit, repeti poſſit.

Perterruit omnes veteres Interpretes hujus argumenti vis: atque ut eam eluderent, novo commento totam rationem detrahendi conditiones impoſſibiles per-
18 verterunt. Invaluit itaque opinio falſiſſima, & nulla lege ſuffulta, conditiones, quas teſtator falſas eſſe ignorabat, non detrahi, ſed vitiare ultimas voluntates: cum tamen hæ tanto magis detrahendæ ſint, quanto certius eſt, eas incauto teſtatori excidiſſe. Sed hanc ſententiam alii confutarunt.

Veriſſima eſt Sarmienti interpretatio. Qui ad libertatem proclamabat, & in-
19 genuus pronuntiabatur, agnitis natalibus, cogebatur reſtituere manumiſſori quæcumque ab eo conceſſa, donata, legata acceperat, quæque ex re ejus acquiſierat; idque Senatuſconſulto cautum erat, de quo mentio fit in *l.* 1. *C. de ingen. manum.* & in *l.* 3. *ff. ſi ingen. eſſe dicetur.* Itaque in laudata lege aufertur legatum ſervo, non quia inutiliter legatum fuerit, adjecta impoſſibili conditione; ſed quia legatarius originem repetiit, agnitis natalibus; quod ei auferretur, etiamſi conditio illa adjecta non fuiſſet.

Præterea contrarium reſpondit Neratius in *l. multa* §. *ſi ſervos ff. de cond. & demonſtr. Si ſervos certos quis manumiſiſ-* 20
ſet, hæres eſſe juſſus erat: quibuſdam ex his antea mortuis, Neratius reſpondit, deſici eum conditione: nec æſtimabat, pareri poſſet conditioni, nec ne.

Quidam Viri apprime docti in hujus legis interpretatione magnas turbas cient, &, ut eſt in veteri proverbio, *fluctus in ſimpuvio excitant*. Sed non eſt ambigendum, in hac lege referri Neratii ſententiam, ſed non probari; imo ſtatim improbari auctoritate Servii, Labeonis, Sabini, Caſſii. Primum enim indicat Pomponius, ſe non acquieſcere Neratii ſententiæ, illis verbis: *nec æſtimabat &c.*

Deinde ſtatim ei opponit ſententiam Servii; ibi: *ſed Servius, &c.* & Servii ſententiam confirmat auctoritate Labeonis. Addit deinceps auctoritatem Sabini, & Caſſii, qui eas conditiones, quaſi impoſſibiles, pro non ſcriptis habendas exiſtimarunt. Obſerva: *eas conditiones*. Comprehendunt hæc verba tam conditionem propoſitam a Servio, quam propoſitam a Neratio. Denique ita ſtatuit: *quæ ſententia admittenda eſt*. Neratius probabat ſententiam Trebatii, cujus nulla ratio habetur in *l. Stichum* 39. §. *ſi Stichus ff. de ſtatu lib.* Qui hæc non vident, in luce meridiana cæcutiunt.

Idem prope videtur reſpondiſſe Julianus in *l. hujuſmodi* 84. §. *ſi ita cui legatum eſſet ff. de legat.* 1. *Si ita cui lega-* 21
tum eſſet, ſi tabulas chirographi mei hæredi meo reddiderit, hæres meus ei decem dato: ſi tabulæ in rerum natura non fuerint, æſtimabitur impleſſe conditionem, ſi hæredem liberaverit, nec ad rem pertinebit, an tunc, cum teſtamentum fiebat, tabulæ interciderint, an poſtea, vel mortuo teſtatore. Hic conditio impoſſibilis non de-

detrahitur, sed implenda est saltem per æquipollens, alioqui deficiet. Agitur autem hic de conditione, quæ erat impossibilis, etiam tempore conditi testamenti. Idem tamen Julianus contrarium notat in *l. ab omnibus §. in testamento. versic. Julianus notat ff. de legat.* 1.

Respond. conditio reddendi tabulas hæredi vi ipsa continet ejusdem hæredis li-
22 berationem. Itaque impletur hæc conditio hæredem liberando, adeoque etsi tabulæ non extent; tamen non est impossibilis conditio, sed hæres liberandus est. *d. l. hujusmodi §. si ita cui ff. de legat.* 1. Si conditio contineret solummodo factum reddendi tabulas, iis non extantibus, conditio esset impossibilis; sed quia continet liberationem, possibilis est, etiam ta-
23 bulis non extantibus: quia cum possit existere debitum sine tabulis, nec debitum intercidat, intercidentibus tabulis, potest liberari hæres, etiamsi tabulæ interciderint, quandocumque illæ interciderint. Tunc conditio esset impossibilis, si nihil hæres deberet *l. cum tale §. falsam ff. de cond. & demonstr.* quia non potest liberari, qui non est debitor: & ideo si legem Titio centum, quæ mihi debet, inutile est legatum, si nihil mihi debeat *l. si sic legatum. §. quod si in princ. ff. de leg.* 1. *l. legavi versic. quod si sic dixit ff. de liberat. legat.* quia legata est liberatio *d. l. legavi:* ea autem est impossibilis, si Titius non sit debitor. Et de hac conditione agitur in laudata lege *ab omnibus §. in testamento ff. de leg.* 1. Nempe, non interciderant tabulæ, ut in *l. hujusmodi ff. eod.* sed nullæ fuerunt, quia hæres numquam debitor fuerat: & hoc casu conditio est impossibilis. Hic obiter animadvertendum, Labeonem, & Julianum, rectam Latini sermonis rationem religiose servantes non *impossibile*, sed ἀδύνατον Græce dixisse.

Veniamus ad tempus post conditum testamentum. Si post conditum testamentum aliquid evenerit, quo conditio impleri non possit, conditio defecisse dicitur, non vero detrahitur, tamquam impossibilis. In *l. cum tale §. falsam condi-* 24
tionem ff. de condit. & demonstr. Quod si post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse conditionem intelligi. In l. quæ sub conditione. §. mortuo ff. de cond. instit. Nam mortuo Sticho, nemo dicet submovendum eum: non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit. Et ideo in *l. ab omnibus §. in testamento ff. de legat.* 1. ut conditio sit impossibilis, & pro non scripta habeatur, exigit Julianus, ut tabulæ nullæ fuerint testamenti tempore. Et in *l. turpia §. 2. ff. de legat.* 1. responsum est, deberi legatum, si servi mors impedisset manumissionem, non quia conditio tamquam impossibilis detrahatur; sed quia per legatarium non stat, quominus servus ad libertatem perveniat. Sunt autem hæc inter se longe diversa, *deficere*, aut *non* 25
deficere conditionem; & *conditionem detrahi*, vel *non detrahi*, quasi impossibilem *l. multa in fin. ff. de cond. & dem.* ubi Pomponius refert opinionem Servii, & Labeonis, qui dicebant, eum non defici conditione: deinceps addit opinionem Sabini, & Cassii, qui putabant conditionem, quasi impossibilem detrahi, & horum sententiam admittit. Plus est detrahi conditionem, & pro non scripta haberi, quam eam non deficere, & haberi pro impleta: quæ detrahitur, nec deficit, nec impletur: perinde enim est ac si adjecta non fuisset.

Sed contrarium respondisse videtur Scævola in *l. qui dotem* 12. *ff. de dot. præleg.* ibi: *Quæsitum est, si res in dotem datæ plures ipso usu finitæ essent: an quasi sub impossibili conditione legatum datum debea-* 26
tur? Respondi, videri conditioni paritum, si quod ex rebus in dotem datis supererit, in potestatem hæredis pervenerit. In hac lege agitur etiam de rebus consumptis post conditum testamentum, cum comprehendantur res omnes vivo marito consumptæ: adeoque conditio illa detrahitur, licet facta sit impossibilis post con-

conditum testamentum.

Respond. quod conditio illa non detrahitur tamquam impossibilis: sed impletur ab uxore per restitutionem rerum, quæ supersunt; idque ex voluntate ipsius testatoris. Supponitur in ea lege, in dotem datas fuisse res æstimatas: ac propterea maritus, non tenebatur restituere uxori res in dotem acceptas, sed earum æstimationem *l. quoties* 5. *C. de jur. dot.* Legavit maritus hanc summam, hanc æstimationem uxori, quam ei restituere debebat, sub hac conditione, si hæredi restituisset res omnes, quæ tabulis dotalibus continebantur, quas restituere deberet, etiam hac conditione non adjecta. Non autem alio animo videtur maritus hanc conditionem adjecisse, nisi ut restitueret res illas, si superessent. Neque enim potuit gravare uxorem ad restituendas res consumptas: cum enim per æstimationem contracta fuerit emptio *l. plerumque* 10. §. *si ante. l. si rem æstimatam*
27 14. *cum seqq. ff. de Jure dot.* periculum pertinet ad ipsum maritum §. *cum autem emptio Instit. tit. de empt. & vend. l. id, quod post* 7. *l. necessario* 8. *l. si vendita* 11. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. quod sæpe* 35. §. *si res ff. de contr. empt. l.* 4. & 5. *C. de peric. & comm. rei vend. l. fructus*, & *l. pen. C. de action. empti*. Quamobrem non restituendo res consumptas nihil facit contra voluntatem testatoris, & parere videtur conditioni. Propterea Scævola non respondit, uxorem legatum obtinere, quia sit impossibile restituere res consumptas, & quod impossibile scriptum est in testamento, nullam vim habere: sed respondit, uxorem obtinere legatum, quia paruit conditioni. Conditioni impossibili pareri non potest. Quærit, an legatum debeatur, quasi datum sit sub conditione impossibili: & respondet, deberi, quia paritum est conditioni: ergo respondet, non esse datum sub conditione impossibili. Legatum datum sub conditione impossibili debetur, quia conditio pro non scripta habetur, non quia conditioni pareatur, cui pareri non potest.

Possent etiam opponi, quæ tradita sunt ab Ulpiano in *l. quæ sub conditione* 28
§. *mortuo ff. de condit. instit.* ubi si quis hæres institutus sit, sub conditione, si jurasset, se Stichum manumissurum; & Stichus mortuus sit, vel manumissus, vivo testatore; non videtur defectus conditinne hæres: *Quia implenda est voluntas testatoris, si potest: nec videtur conditione defectus, qui non potuit parere conditioni*. Si conditio illa non detraheretur, quasi impossibilis, hæres defectus conditione videretur.

Respond. quod cum conditio jurisjurandi a Prætore remittatur *l. non dubitamus ff. de condit. & demonstr.* & *d. l. quæ sub conditione in princ. ff. de cond. inst.* ita 29
tamen, ut ille teneatur facere id, quod conditione continebatur *l. hæc scriptura ff. de cond. & dem. d. l. quæ sub conditione* §. *mortuo*; adeo ut si non faciat, ei deneget Prætor actiones *d. l. quæ sub conditione* §. *quoties*, & *l. si quis libertatem* 12. *ff. de manum. testam.* conditio illa resolvitur in modum, perinde ac si hæres institutus fuisset, ut Stichum manumitteret. Modus autem numquam implendus est, cum non potest impleri *l.* 1. *C. de legat. l. si fundum per fideicommissum* 92. §. *Julianus ff. de leg.* 1. detracta enim conditione jurisjurandi Prætor compellit ad faciendum *l. hæc scriptura ff. de cond. & dem.* sed non potest compellere ad faciendum id, quod fieri non potest. *l. impossibilium ff. de R. J.* Non subrogat Prætor conditionem faciendi in locum conditionis jurisjurandi: sed remissa hac conditione, legatum non est amplius conditionale; & ideo statim cedit legati dies *l. si post diem* 5. §. *sed si ea ff. quan. dies legat. ced.* & ad hæredes legatum transmittitur *l. quæ sub conditione* §. *ult. ff. de cond. inst.* & hæres sub hac conditione institutus submovetur a bonorum possessione contra tabulas, quia jam hæres factus est; nec ulla conditione suspenditur institutio *l. libertus* 20. *in princ. ff. de bon. libert.*

libert. Quamobrem Ulpianus eum, cui legatum est sub hac conditione, comparat legatario sub modo, in laudata *l. quæ sub conditione §. mortuo ff. de condit. instit.*

Potest etiam opponi Juliani responsum in *l. inde Neratius §. idem Julianus 2. ff. ad Leg. Aquil.* ubi cum quis institutus
30 fuisset sub conditione, *si Stichum manumisisset*: qui Stichum occidit, tenetur etiam in æstimationem hæreditatis, si illum occidit mortuo testatore, quia hæres damnum hæreditatis patitur deficiente conditione: si vero occidit vivo testatore, non tenetur, quasi eo casu conditio non defecerit.

Ad hoc argumentum respondet ipse Julianus, qui ait, cessare æstimationem hæreditatis, non quia eo casu conditio sit impossibilis, & pro non scripta habeatur: *sed quia retrorsum, quanti plurimi*
31 *fuit, inspicitur*. Non potest igitur haberi ratio hæreditatis, quæ nulla fuit, vivente testatore *l. 1. ff. de hæred. vel act. vend. l. 1. ff. pro hæred.* Quid enim æstimetur? an hæreditas, quæ nulla fuit? an bona, quæ eo tempore defunctus habebat? At hæc ad hæredem non poterant pertinere; sed solum ea, quæ defunctus habiturus erat tempore mortis. Hoc autem tempore non potest æstimari servus quanti plurimi fit, cum jam
32 sit occisus, & in æstimatione *quanti plurimi* tempus præteritum inspiciatur, non futurum: hoc est, tempus, quod præcedit damnum datum, non quod subsequitur *l. ait lex §. 1. ff. ad Leg. Aquil.* An æstimetur jus, quod habet hæres vivo testatore? At hoc æstimari non potest, cum incertum sit, tum ratione patrimonii, quod augeri, minuive potest, tum quia neque delatum est, neque quæsitum, & facile evenire potest, ut neque deferatur, neque possit acquiri, vel hærede moriente ante testatorem, vel testatore mutante voluntatem. Quamobrem nulla fieri potest æstimatio hæreditatis, si vivo testatore servus sit occisus: hujus enim temporis nulla est æstimatio.

Sunt & aliæ leges, in quibus respondetur, legatum deberi, etiamsi conditio facta fuerit impossibilis vivo testatore, ut in *l. Stichum 39. §. si Stichus ff. de statu lib.* in *l. turpia §. 1. ff. de legat. 1.* sed 33
hæ leges non pertinent ad quæstionem de conditione impossibili; sed ad alteram longe diversam: an conditio pro impleta habeatur, quoties per legatarium non stetit, quominus impleat conditionem: de qua agitur in *l. Jure Civili 24. & l. Julius 81. in fin. ff. de cond. & dem.* in *l. in jure 161. ff. de Reg. Jur.* in *l. si peculium 20. §. is, cui ff. de statu lib. l. quæsitum 57. l. cum ita datur 94. ff. de cond. & dem. l. ult. C. de cond. insert. l. 5. §. item si ff. quan. dies legat. ced. l. 1. C. de inst. & subst. & passim.* Non ignoro responsum Pomponii in laudata *l. turpia §. 1. ff. de leg. 1.* non videri convenire regulis, quæ traditæ sunt de conditione, quæ pro impleta habetur: sed ad nostrum institutum non pertinet hanc controversiam dirimere.

De tertio tempore post mortem testatoris jam differamus. De hoc nulla con- 34
troversia est, quin conditio numquam detrahatur; sed deficiat, & legatum corruat, aut institutio *l. inde Neratius §. idem Julianus ff. ad Leg. Aquil. l. in testamento 31. in princ. l. cum ita datur 94. in princ. vers. diversa. l. pen. §. item si ff. de condit. & demonstr. l. si peculium 20. §. is, cui ff. de statu lib. l. legatum C. de cond. insert.* nisi conditio pro impleta habeatur, quo casu sustinetur dispositio, licet conditio vere defecerit, ut in *l. quæsitum ff. de cond. & dem.* in *l. si peculium §. is, cui ff. de statu lib. l. si ita scriptum ff. de manum. testam.*

Superest tertium genus conditionum impossibilium, hoc est, earum, quæ a jure sunt improbatæ. Hæ quoque sunt impossibiles *l. filius ff. de cond. institut.* 35
Hæ quoque detrahuntur ab ultimis voluntatibus *l. conditiones 14. ff. de condit. instit.* sive turpes sint, & contra bonos mores *l. non dubitamus ff. de cond. & demonstr.*

monstr. l. reprehendenda C. de inst. & subst. l. un. C. de his, quæ pœn. nom. l. pen. ff. de cond. inst. sive sint contra leges *l. si quis sub conditione ff. de condit. instit. l. non dubitamus ff. de cond. & demonstr.* sive sint in fraudem legis *l. Sejus & Agerius* 27. *ff. ad Leg. Falcid.* sive sint contra Rempublicam *l. Imperatores* §. 1. *ff. de pollic.* sive contra publicam utilitatem, nuptias impedientes *l. servo* 65. §. 1. *ff. ad Trebell. l. Titiæ* 100. *ff. de cond. & dem.* sive contra Edictum Prætoris, ut conditio jurisjurandi *l. non dubitamus ff. de condit. & dem. l. quæ sub conditione ff. de condit. instit.* sive sint conditiones derisoriæ *l. conditiones contra* 14. *ff. de cond. instit.* Atque hæ conditiones detrahuntur etiam in testamento militis *l. si a milite* 29. §. *edictum ff. de testam. milit.*

Sed ne quis hac in re decipiatur, animadvertendum est, quod aliquando improbatur a Jure conditio, aliquando ipsa
36 dispositio. Quoties improbatur ipsa conditio, ea detrahitur, & pro non scripta habetur: detracta autem conditione, salva manet dispositio, purgato vitio conditionis, ut in superioribus exemplis. Quoties autem improbatur ipsa dispositio, ea fit inutilis necesse est *l. non dubium C. de legib.* Exemplis rem explico.
37 Captatorias dispositiones Senatus improbavit *l. captatorias ff. de hæred. inst.* & ideo captatoriæ dispositiones non valent *l. captatoriæ* 64. *ff. de leg.* 1. *l. captatorias C. de testam. milit. l. illæ autem* §. 1. *ff. de hæred. inst.* Leges improbant ultimam voluntatem in alienum arbitrium expresse collatam, quia testamentorum jura per se firma esse debent, non ex alieno arbitrio pendere: & ideo hujusmodi dispositiones nullæ sunt *l. si quis Sempronium* 68. *& l. illa institutio ff. de hæred. inst. l. nonnunquam ff. de cond. & dem.* Ejusdem generis sunt perplexæ dispositiones, quæ a Jure improbantur, tamquam inexplicabiles *l. si Titius hæres ff. de cond. inst.*

Non temere autem hoc a Jure Civili constitutum est. Ideo enim aliquando improbat, ac rejicit solam conditionem; quia vitium est in sola conditione: improbat autem, ac rejicit dispositionem, quando vitium est in dispositione, quia per conditionem influit in dispositionem.
In testamentis enim nullam vim habet 35
quod impossibile, ac vitiosum scriptum est *l. si Mævia* 45. *ff. de hered. instit.* Quapropter si vitiosa est & impossibilis conditio, ipsa rejicitur, & pro non scripta habetur. Si vitiosa est & impossibilis dispositio, ipsa reprobanda est, ita ut nullam vim habeat. Quocirca non valent dispositiones, tamquam impossibiles, de quibus in *l. quidam* §. *Lucio Titio ff. de tritic. vin. & ol. leg.* in *l. cum servus* 39. *alias l. apud Julianum.* §. *constat. l. turpia. in princ. l. si quis inquilinos.* §. *ult. ff. de legat.* 1. Dicam explicatius. In hoc legato: lego Titio centum, *si homicidium fecerit, si juraverit, si nomen vispellionis sibi imposuerit:* nullum est vitium, nulla turpitudo in legato, sed in ipsa conditione, adeoque legatum sustinetur: rejicitur autem conditio, quæ turpis est.
Contra vero, si ita legem: lego Titio 39
centum, *si me hæredem instituerit:* ipsum legatum vitiosum est & turpe, quo Titius allicitur spe lucri ad hæredem instituendum legatarium. Turpe est, quia turpissimum esse Senatus censuit captare, & aucupari alienas successiones. Vitiosum est, quia adimit liberam testandi facultatem. Rursus, si ita legem: lego Titio centum, *si Cajus voluerit*: ipsum legatum vitiosum est, cum pendeat a voluntate Caji, nec sit ipsum per se firmum, ut Veteres decreverunt *l. illa institutio* 32. *ff. de hæred. inst.* Conditio ipsa per se non est illicita, inhonesta, vitiosa *l. si quis arbitratu ff. de V. O.* sed adjecta legato, aut institutioni reddit ipsam vitiosam. Non dissimile est exemplum perplexæ & inexplicabilis institutionis: *Si Sejus hæres erit, Cajus hæres esto: si Cajus hæres erit, Sejus hæres esto.* Si per se considerentur conditiones, non sunt illicitæ, aut impossibiles: sed ipsa institutio est *ἀσύστα-*

τος

τος *inexplicabilis*; cum non possit Sejus hæres esse, nisi prius sit hæres Cajus, & Cajus hæres esse non possit, nisi prius sit hæres Sejus; adeoque neuter hæres esse possit. Rectissime igitur constitutum est, non valere institutionem *l. ubi pugnantia ff. de Reg. Jur.* & generaliter, præceptum testatoris vel legibus interdictum, vel probrosum, vel impossibile non valet *l. un. in fin. C. de his, quæ pæn. nom.*

Sed obstat difficillimus text. in *l. si*
40 *mihi* 12. §. *si quis servos ff. de leg.* 1. *Si quis servos, quos Gadibus haberet, eo testamento, quod Romæ moriens fecerit, triduo, quo mortuus fuerit, hæredem dare mihi damnaverit: ratum esse legatum, & angustias temporis nihil legato nocere*. Hujusmodi legatum est impossibile: adjectio enim diei reddit impossibilem dationem servorum, & præceptum testatoris §. *loca in fin. Inst. tit. de V. O. l. ult.* §. *si inter eos ff. de V. O.* & tamen valet legatum detracto die.

Respondetur, aliam esse rationem diei, aliam conditionis adjectæ. Conditio afficit ipsam dispositionem, ipsam substantiam legati: cum suspendat dispositionem ipsam, & obligationem §. *omnis Instit. tit. de V.O. l. cedere diem ff. de V. S. l. mul-*
41 *tum* 21. & *l. legata* 41. *ff. de cond. & demonstr.* & ideo aliquando conditio influit, & infundit vitium in ipsam dispositionem. Contra dies, ac tempus non afficit ipsam dispositionem, nec differt obligationem, sed solutionem *d.* §. *omnis Inst. tit. de V. O. l. centesimis* 46. *ff. de V. O.* & ideo, qui Stichum promisit, statim tenetur, licet Stichus Gadibus sit, adeoque statim dari non possit: hoc enim ad facultatem dandi pertinet, & respicit commodum, incommodumque personæ, non substantiam obligationis *l. continuus* §. *illud ff. de V. O.* Quocirca triduum adjectum illi legato reddit quidem impossibilem solutionem legati; non tamen reddit impossibile legatum: nam legatum statim debetur, sive servi legati Romæ sint, sive Gadibus *d. l. continuus* §. *illud ff. de V. O.* Solutio autem videtur dilata in tempus, quo servi Romam commode possint pervenire *l. interdum* 73. *l. continuus* §. *cum ita ff. de V. O.* Propterea, qui triduum præscribit, quo servi a Gadibus Romam pervenire non possunt, is reddit quidem impossibilem solutionem; ceterum obligationi nullum affert impedimentum: quia ea statim nata fuit, sicut statim nata fuisset, si tempus illud adjectum non fuisset. Ut puta, hæredi confitenti se debere ex causa legati pecuniam, Prætor debet indulgere modicum tempus ad solvendum *l. si domus in pecunia ff. de legat.* 1. hujusmodi tempus indulgendo non tollit, aut mutat naturam obligationis; sed solum differt solutionem. Non dissimile est, quod traditur in §. *ult. Instit. tit. de inut. stipul.* Sola igitur solutio impossibilis est eo modo, quo præcipitur a testatore, &, tamquam impossibilis, pro non scripta habetur.

Hinc facile dissolvitur nodus, quem a nemine expediri scripsit Duarenus. In *l.* 42
si quis ita 6. *ff. de cond. inst.* institutus erat hæres, sub conditione, si in triduo, post mortem testatoris, ei monumentum fecisset. Cum hujusmodi monumentum in triduo effici non posset, respondit, conditionem evanescere, tamquam impossibilem. Non detrahitur ibi adjectio temporis, adeo ut hæres cogatur monumentum ædificare intra tempus moderatum, quo commode possit ædificari: sed evanescit ipsa conditio. Ratio est in promptu: vitium temporis afficit ipsam conditionem, ipsam monumenti constructionem, eamque reddit impossibilem, adeoque ipsa conditio, ipsa constructio pro non scripta habetur; quia id, quod impossibile in testamentis scriptum est, nullam vim habet *l. si Mævia* 45. *ff. de hered. inst.* Quapropter si legatum ipsum sit impossibile, aut contra leges, ipsum legatum non valet, & pro non scripto habetur. Si sit impossibilis solutio, ipsa detrahitur. Si sit impossibilis conditio, seu factum in conditione positum, ipsa con-

con-

conditio pro non scripta habetur.

Neque cuiquam scrupulum injiciat, quod non videatur haberi pro non scripta solutio, sed solum tempus, quod eam reddit impossibilem. Nam hæres licet non teneatur solvere servos in triduo, a die mortis: tenetur tamen eos solvere tempore opportuno, quo Rnmam perduci potuerunt. Facile respondetur. Solutio facienda in triduo, quam præcipit testator, pro non scripta habetur, tamquam impossibilis. Ea detracta succedit necessitas solvendi ex vi obligationis, cujus substantia in eo consistit, ut aliquem nobis adstringat ad dandum, vel faciendum *l. obligationum substantia ff. de oblig. & act.* Itaque hæres non solvit ex præcepto testatoris, quod non valet, sed ex natura obligationis; & ideo tenetur solum ad solvendum eo tempore, quo id exigit obligatio legati *§. ult. Instit. tit. de inut. stipul. §. loca Inst. tit. de V. O. l. interdum* 73. *l. continuus §. cum ita ff. eod.*

Nec obstat, quod si angustia tempnris afficeret tantummodo solutionem, non obligationem, & solutio tantum pro non scripta haberetur, angustiæ temporis non
43 vitiarent contractus, quod falsum est *l.* 2. *§. qui ita ff. de eo, quod cert. loc. l. quoties* 24. *ff. de oper. libert. §. loca Inst. de V. O.*

Nam respondetur, eadem de causa non valere hujusmodi stipulationes, qua non valent contractus, apposita impossibili conditione. Contrahentium enim videtur esse talis cogitatio, ut nihil agi existiment, apposita conditione, quam sciant esse impossibilem *l. non solum ff. de oblig. & action.* Id maxime convenit etiam superioribus stipulationibus, atque eo magis, quod nemo ignorare potest, impossibile esse id, quod stipulatur. Quamobrem procul dubio nihil agi existimant contrahentes in hac stipulatione: *Centum operas pictorias hodie dare spondes?* vel in hac: *Carthagini hodie dare spondes?* Nisi forte tam stipulator, quam promissor antea mandassent, hic, ut hodie solveret, ille, ut pecuniam exciperet, quo casu valeret stipulatio *l. ult. §. si inter ff. de V. O.*

Verum quod etiam illæ conditiones, quæ non reddunt impossibilem dispositionem, non detrahantur, & pro non scriptis habeantur, probari videtur ex *l. sed* 44
sciendum 7. & ex *l. facta* 63. *§. si sub conditione ff. ad S. C. Trebell.*

Sed ibi agitur non de conditione impossibili, aut contra leges, aut contra bonos mores: sed de conditione turpi, quæ neque legibus repugnat, neque bonis moribus: veluti si quis hæres instituatur sub conditione, si nomen testatoris sibi imposuerit, cum testator esset vilis persona, ut puta, vespillo. Vespillo erat, qui cadavera exportabat. Sueton. 45
in Domit. c. 17. *Cadaver ejus populari sandapila per vespillones exportatum.* Martial.

> *Nuper erat medicus, nunc est vespillo Diaulus.*

Has autem personas turpes habitas fuisse, etiamsi servi essent, satis apparet ex *l. qui decem* 72. *§. qui hominem ff. de solut.* & ex *l. si ita quis* 31. *ff. de eviction.* Hæc conditio comparatur conditioni difficili: & sicut difficilis conditio non habetur pro non scripta, ut diximus supra, ita & hæc. Nec pugnant verba laudatæ *l. facta §. si sub conditione ff. ad S. C. Trebell.* ibi: *sed & remitti eam ab initio visum est*: intellige *iniquum*, quod verbis antecedentibus continetur: alioquin ratio subjecta pugnaret, nec esset his consentanea. Non cogit quidem prætor eam implere *d. l. §. si vero nominis*: hoc enim esset iniquum: sed & iniquum visum est, eam ab initio remittere contra voluntatem testatoris, & pro non scripta haberi.

CAPUT XXV.

AD L. SI TITIUS, ET SEJUS 9. ff. de V. O.

SUMMARIUM.

I. *Quando existat conditio posita in non faciendo : & in specie conditio*, si alteri non dederis . *& n.* 5. 6.
II. *Et quando nascatur actio . & n.* 8. 11.
III. *Quoties actio nascitura est per litis contestationem, quandocumque agi potest . & n.* 8.
IV. *Sine actione nemo potest experiri.*
VI. *In judiciis æquitatem potius sequi debemus, quam Jus strictum.*
VII. *Judicium sustinetur, si actio nascatur inter moras judicii.*
IX. *Repugnat æquitati Prætorem denegare judicium ei, cui actio nascitura est in ipso limine judicii.*
X. *Prætor aliquando denegat actionem habenti : aliquando dat non habenti.*
XII. *Particula* quoad *non semper continuum tempus demonstrat.*
XIII. *Quod tempus comprehendat conditio non faciendi : & differentia inter contractus, & ultimas voluntates.*
XIV. *Hac in re spectanda voluntas contrahentium.*
XV. *Conditio*, si illi non solveris, *quid contineat ?*
XVI. *Stipulatio disjunctiva qua in re differat a conditionali.*
XVII. *Quantum differat disjunctio rerum a disjunctione personarum ? sed vide n. seq.*
XIX. *Si exprimatur conditio, quæ tacite inest, non fit actus conditionalis.*
XX. *Conditio, quæ tacite inest, impedit actionem. sed vide n.* 21.
XXI. *Supervacuum est adjicere, quod tacite inest.*
XXII. *Quando secus : & quando expresse faciant actum conditionalem, licet tacite insint .* Condi*tiones dandi, solvendi, & similes personæ, cohærent.*
XXIII. *Verba conditionis non faciunt conditionem, si alia mente prolata fuerint . & n.* 25.
XXIV. *Possunt constitui duo rei etiam per stipulationes separatas . & n.* 25.
XXV. *Quæ propria sint duorum reorum.*

NEscio quo fato factum fuerit, ut in hac lege interpretanda fuerint adeo discordes Interpretum nostrorum opiniones, ut nemo fere alterius interpretationem omnino probarit. Omnium hæc potissima cura fuisse videtur, ut alios reprehenderent. Apud recentiores male audit Accursius noster, cujus interpretationem neque ridiculam, neque absurdam puto. Itaque civis mei sententiam tuebor, quam & Bartolus plane non improbavit.

Titius stipulatus fuit a Sempronio fundum sub conditione, *si Sejo non dedisset.* Sejus eumdem fundum separatim stipulatus est ab eodem Sempronio sub conditione, *si Titio non dedisset*. Utrique idem fundus debetur tam Titio, quam Sejo. Utrique debetur sub conditione posita in non faciendo ; nempe, *si alteri datus non fuerit*. Ex stipulatione conditionali neque obligatio, neque actio nascitur ante eventum conditionis *l. cedere diem ff. de V. S. §. sub conditione Inst. tit. de V. O.* In proposita stipulatione quæritur, quando existat conditio : quando nascatur actio. Quoad conditionem J. C. respondit, eam impleri per litis contestationem, ibi : *finem dandi alteri fore*
quoad judicium acciperetur . Si post judi- 1
cium acceptum cum Titio non potest Sempronius promissor amplius Sejo dare: ergo extitit conditio adjecta stipulationi Titii: *si Sejo non dederis*. Etenim conditiones in non faciendo positæ, tunc existunt, cum amplius fieri non potest, quod in conditione positum est *l. ita stipulatus* 115. *ff. de V. O.*

Quoad actionem vero respondit, eam quandocumque dari ; ibi : *& ideo occupantis fore actionem*. Est hoc plane absur-
dum: actionem nasci ante eventum con- 2
ditionis. Et eo magis videtur absurda sententia Jurisconsulti, quia ex eo, quod conditio existat per litis contestationem; deducit occupantis fore actionem : quasi dixerit; ideo datur actio occupanti, quia actio nondum nata est, sed est nascitura. Pugnant hæc inter se.

Accursii interpretatio maxime convenit sententiæ Jurisconsulti. Ait enim, ideo actionem dari, non quia nascitura est quandocumque, hoc enim esset absurdum, sed quia nascitura est in ipso litis contestatione, hoc est, in ipso limi-
ne judicii: ita ut nullum periculum im- 3
mi-

mineat, ne ille ſine actione egiſſe videatur. Non eſt hæc conditio ſimilis aliis conditionibus. In illis judicium ſuſcipi non poteſt, nec poteſt concedi actio, ne judicium ſit irritum, & ſine actione ſuſcipiatur. In hac conditione datur actio, quia judicium irritum eſſe non poteſt, quaſi cœptum ſine actione; quia ſimul ac judicium ſuſcipietur, neceſſario exiſtet conditio, & actio naſcetur. Hinc recte ſtatuit Bartolus, quod agi poteſt, quoties actio naſcitura eſt in ipſa litis conteſtatione.

Sed hæc ſententia incurrit in reprehenſionem doctiſſimorum Virorum. Duo autem ſunt, quæ opponunt. Primum, quod ante eventum conditionis non naſcitur obligatio, non naſcitur actio, ut
4 diximus: ſine actione autem nemo poteſt experiri *l. ſi pupilli in fin. ff. de negot. geſt. l. quoties 9. §. & generaliter ff. de admin. tut.* Idcirco quamdiu debitor poteſt alteri fundum dare, non poteſt a creditore conveniri: quare non poterit creditor cum eo litem conteſtari, & efficere, ut conditio exiſtat.

Alterum, quod conditio poſita in non faciendo per litis conteſtationem non impletur, ſed tunc exiſtit cum amplius fieri non poteſt, quod in conditione poni-
5 tur *l. ita ſtipulatus 115. §. 1. & 2. ff. de V. O.* Utrumque igitur falſum eſt; & quod conditio impleatur per litis conteſtationem: & quod dari debeat actio, cum in litis conteſtatione conditio eſt extitura. De utroque accurate diſſerendum, ac demonſtrandum Juri noſtro neutrum repugnare.

Ac ſi ſtrictum Jus ſequi velimus, & malitiis hominum indulgere, actio danda non erit: Si vero id, quod æquitas ſuggerit, nulla ratione poterit denegari. At in judiciis, æquitatis potius habenda ratio, quam ſtricti Juris *l. placuit 8. C. de judic.* nec malitiis hominum eſt indulgendum *l. in fundo 38. ff. de rei vind.*
6 ac ſemper cavendum, ne ſub auctoritate Juris ſcientiæ perniciose erremus *l. ſi ſervum 91. §. ſequitur ff. de V. O.* Qui nondum creditor eſt, agere non poteſt; ſed tamen ſi egerit, & pendente judicio creditor eſſe cœperit, judicium ſuſtinebitur *l. ſi mandavero 17. ff. mand.* Si ſtrictum 7
Jus ſequi velimus, nihil valebit eorum, quæ acta ſunt ab eo, qui actionem non habebat. Creditor quoque conditionalis ſi egerit in judicio ante conditionis eventum, nihil agit, nondum enim ipſi competit actio; ſed tamen ſi pendente judicio exiſtat conditio, reus eſt condemnandus, perinde ac ſi actionem initio habuiſſet, & judicium recte fuiſſet inſtitutum. *l. ſi rem alienam 9. §. ult. ff. de pignor. act.* Si judicium ſuſtinetur conditione exiſtente poſt cœptum judicium, quanto magis ſuſtineri debet quando conditio extitura eſt, & actio naſcitura eodem momento, quo incipit judicium?

At enim Prætor actionem dare non debet: Neque enim dare debet actionem cuiquam, qui eam non habet: nec habet actionem creditor pendente conditione. Sed quo jure, quave æquitate Prætor actionem denegabit? Utrumne quia repugnat voluntas contrahentium? At hanc non repugnare deinceps oſtendemus. Nec Prætor denegando judicium impedimento eſſe debet, ne conditio exiſtat, quæ in conteſtatione litis eſt extitura.
An vero eam denegare debet, ne judi- 8
cium ſit irritum? At ne hoc quidem poteſt evenire, cum certum ſit non ante futurum, ut judicium incipiat, quam ut actio naſcatur. Imo actio ipſa præcedet judicium non tempore, ſed natura, quemadmodum cauſa ſuum effectum. Ut enim Sol non præcedit lucem tempore, ſed natura: ſic actio illa licet naſcatur ſimul cum judicio, natura tamen judicium præcedere poteſt, & efficere ut a ſe ipſa pendeat, ac promanet judicium. Actio eſt jus perſequendi in judicio §. 1. *Inſtit. tit. de action. l. nihil aliud ff. de oblig. & action.* Quid igitur cauſæ eſt, cur exigamus actionem natam eſſe ante judicium? An non ſatis eſt, eam naſci tunc

cum judicium accipitur, cum ea omnes vires, omnem potestatem exerat in ipso judicio, & sine judicio sit inutilis & infructuosa?

At enim Prætor dare non debet actionem, quæ nondum competit, nec permittere, judicio agat is, qui actionem non habeat. Verissimè id quidem diceretur, si permitteret cuiquam actionem exercere, antequam ea nascatur. Sed in casu nostro cum Prætor petenti creditori judicium dat, non dat facultatem exercendæ actionis, antequam ea nascitura sit: exercetur enim actio in judicio *d. l.*
9 *nihil aliud ff. de oblig.* & simul cum judicio nascetur actio, ac proinde non exercebitur antequam nascatur. Repugnat quemquam exercere actionem, quam non habet: non repugnat judicium a Prætore dari actionem omnino habituro, statim ac erit exercenda. Illud vero maxime repugnaret æquitati prætoriæ, si Prætor impediret quominus nasceretur actio; conditio existeret; stipulator consequi posset id, quod sibi promissum fuit.

Atque hæc certissima erunt consideranti hanc dandæ denegandæque actionis subtilitatem æquitate prætoria temperari.
10 Itaque Prætor aliquando actionem habenti debet denegare, ut in *l. si debitor* 30. *ff. de solut. l.* 1. §. *in operis. l. & si satisdationem ff. de oper. nov. nunciat. l. nihil interest* 50. §. *sed numquid ff. de bon. libert. l.* 1. §. *idem ff. de dol. mal. l. patri* 27. §. 1. *ff. de minor.* Aliquando contra datur actio ei, qui vel summo jure eam non habet adversus eum, qui convenitur, ut in *l. dominus* 53. *ff. de condict. ind.* in *l. si absentis C. si certum pet.* vel datur ante tempus, ut in *l. si indebitum ff. rem rat. haber. l. in lege ff. ad Leg. Aquil. l. quidam* 32. §. 1. *ff. de furt. l. quæsitum ff. de pignor.* Quanto magis actionem daturus est Prætor in casu nostro, in quo nullum imminet periculum, ne actio exerceatur antequam competat, antequam nascatur *l. aliquando* 13. §. *ult. ff. ad S. C. Vellejan.* ibi: *Quo enim bono expectare conditionem, cum in ea causa sit debitor, ut omnimodo excipere debeat actionem.* Prætor enim cum petentibus actionem concedebat, nihil aliud tribuebat, quam agendi potestatem. Cic. *de invent. lib.* 2. *Quare in jure plerumque versantur: ibi enim & exceptiones postulantur; & quodammodo agendi potestas datur, & omnis conceptio privatorum judiciorum constituitur.* Quidni vero det agendi potestatem ei, cui nascitura est actio, simul ac eam in judicio cœperit exercere? Esset hoc malitiis hominum indulgere.

Res igitur eo redit, ut nihil absurdi sit in hac sententia, atque interpretatione, siquidem verum sit, conditionem existere per litis contestationem, seu cum judicium accipitur, eodemque tempore actionem nasci. Sed in hoc non est cur Accursium reprehendant. Diserte id traditum in nostra lege: *finem dandi alteri*
fore, quoad judicium acciperetur. Si hic 11
est finis dandi alteri, ergo existit conditio: si existit conditio, ergo nascitur actio *l. ita stipulatus* 115. §. 1. & 2. *ff. de V. O.* Itaque non potest reprehendi Accursius, quin reprehendatur Pomponius Auctor legis. Explicandum tamen est, qui fiat, ut actio nascatur in litis contestatione, & post judicium acceptum alteri amplius dari non possit. Sed antea evellendus est scrupulus, qui Donellum male habuit, in quem, tamquam in scopulum, Vir doctissimus impegit. Hunc ut prætervehatur, putat expungendam particulam *quoad*, & reponendam particu-
lam *cum*. Sed non est cur de hoc labo- 12
remus. Non semper particula *quoad* continuum tempus demonstrat, protractum usque ad aliquem terminum: aliquando enim significat extremitatem temporis. Cæsar *lib.* 5. *de Bell. Gallic. Neque finem insequendi fecerunt, quoad subsidio confisi equites præcipites hostes egerunt.* Terent. *in Phorm. act.* 1. *scen.* 2. *in fin.*

D. quid? senem
Quoad expectatis vestrum? G. non certum

tum ſcio, ſed epiſtolam ab eo allatam audivi modo.

Sed hæc obiter. Ad rem veniamus: Conditio in non faciendo concepta, ambigua eſt; poteſt enim & comprehendere totum tempus, quo fieri poteſt; & poteſt comprehendere ſolummodo primum
13 illud tempus, quo fieri potuit, aut debuit *l. quicquid adſtringendæ* §. *ult. ff. de V. O.* Itaque in libertate data ſub conditione, *ſi in Capitolium non adſcenderis;* conditio exiſtit, ſi ſervus cum primum potuit aſcendere, non aſcendit *l. libertas* 17. §. 1. *ff. de manum. teſtam.* In legatis autem, & hæreditatibus cautione Mutiana occurritur, qua præſtita, legatum, hæreditatemque conſequimur, perinde ac ſi conditio extitiſſet *l. Mutianæ* 7. *ff. de condit. & demonſtr.* In contractibus tamen placuit ultimum tempus expectari, quo non poſſit amplius fieri, quod per conditionem vetitum fuit *l. itaſtipulatus* 115. §. 1. *ff. de V. O.* ſed tamen & in his fuit inter Veteres controverſia: nam Sabinus ex Mutii Scevolæ ſententia putabat, tamdiu ſolum pendere conditionem, quamdiu per promiſſorem non ſtetit quominus daret, & cum primum dare potuit, & non dedit, ſtatim agi poſſe: atque ita ſtatuendum tum ex voluntate contrahentium, tum ex natura rei *d. l. ita ſtipulatus* §. *item ſi ff. de V. O.*

Quamobrem in hujuſmodi ſtipulationibus expendendum eſt, quid actum ſit inter contrahentes: verba enim conditionis in utramque partem accipi poſſunt, & in conditionibus maxime voluntas ſpectanda eſt *l. pater Severinam in princ. & in* §. *conditionum. l. in conditionibus ff. de condit. & demonſtr.* Quo fit, ut conditio illa, *ſi non ſolverit*, non infinitum tempus
14 comprehendat, ſed referatur ad primum quodque tempus, ex veriſimili mente contrahentium, quos probabile non eſt tamdiu voluiſſe ſolutionem expectare, donec amplius ſolvi non poſſit, donec ille moriatur. Julianus in *l. fidejuſſor* 16. §. *ult. ff. de fidejuſſ. Cum fidejuſſor hoc modo acceptus eſſet, ſi reus non ſolverit, fide tua eſſe jubes? veriſimile eſt, id actum, ut cum appellatus reus non ſolviſſet, fidejuſſor teneretur.*

His poſitis conſtat, cur in caſu noſtro conditio illa: *ſi Titio non ſolveris: ſi Sejo non ſolveris*, contineat ſolummodo tempus uſque ad litem conteſtatam. Nimi- 15
rum, contrahentes adjectione hujus conditionis noluerunt differre ſolutionem in tempus mortis alterius ſtipulantis: ſed voluerunt tribuere facultatem debitori ſolvendi alterum, cui libuerit. Quid enim intereſt, dicat quis: *ſi Titio non ſolveris, mihi dare ſpondes?* an ita: *mihi, aut Titio dare ſpondes?* Utroque caſu ea mente ſtipulatur, ut tribuat facultatem debitori, & electionem utri velit ſolvere *l. 3. ff. qui, & a quib. manum.* At cum tribuitur debitori facultas, & electio ſolvendi, hæc terminatur, & expirat per litis conteſtationem *l. ſi quis ſtipulatus fuerit decem* 57. §. 1. *ff. de ſolut. l. fidejuſſor* 16. *in princ. ff. de fidejuſſ.*

Sed opponi poteſt, quod qui disjunctim ſtipulatur, non eſt ſimilis ei, qui ſtipulatur ſub conditione. Nam ſi quis ſtipuletur Stichum, aut decem, ſtatim agere poteſt, & petere debet Stichum, aut decem disjunctim, ſicut ſtipulatus eſt, 16
non vero alterum tantum petere poteſt §. *ſi quis agens* 33. *verſic. huic autem proximus Inſtit. tit. de action.* At qui ſtipulatur ſub conditione, hoc modo: *ſi Stichum non dederis, decem dare ſpondes?* nec ſtatim petere poteſt, nec poteſt petere Stichum *l. ita ſtipulatus* 115. §. *ult. ff. de V. O. l.* 1. §. *item ſi ita verſic. idemque ff. ad L. Falcid. l. obligationum fere* §. *ſi ita ff. de oblig. & act. l. duo ſocietatem in princ. ff. pro ſoc.* Ergo ſtipulatio disjunctiva differt a conditionali.

Reſpondeo, non poſſe duci argumentum a rebus ad perſonas. Cum duas res disjunctim ſtipulamur, Stichum, aut decem,

cem, utraque res ponitur ad obligatio-
17 nem *l. si duo* 128. *ff. de V. O.* Cum vero stipulamur sub conditione, *si Stichum non dederis, decem dare spondes?* sola decem sunt in obligatione; Stichus autem est solummodo in solutione *l. obligationum fere §. si ita ff. de oblig. & action. l. 1. §. item si ita in fin. ff. ad Leg. Falc.* Itaque similes esse non possunt illæ duæ stipulationes, nec eamdem vim habere. Non ita se res habet in personis. In utraque enim stipulatione persona adjicitur solutionis causa. Si stipulor hoc modo: *si Sejo non dederis, mihi dare spondes?* tu mihi soli obligaris: Sejo solvere potes etiam me invito, eique solvendo a me liberaris. Item si stipulor: *mihi, aut Sejo dari:* soli mihi obligaris, Sejo autem solvere potes etiam me invito, eique solvendo a me liberaris *§. si quis alii Instit. tit. de inutil. stipul. l. sed etsi 7. §. ult. ff. de constit. pecun. l. eum qui 56. §. qui sibi ff. de V. O. l. Stichum 95. §. quæsitum ff. de solution.* Itaque in utraque stipulatione ideo adjicitur persona Seji, ut ei solvi possit, in neutra autem stipulatione persona Seji ponitur ad obligationem, sed ut debitori detur electio, & facultas solvendi Sejo, quæ extinguitur per litis contestationem. Igitur ex mente contrahentium conditio illa per litis contestationem impletur: pendet enim conditio quamdiu durat in debitore facultas eligendi.

Imo si rem paulo accuratius, ac subtilius expendamus, in stipulationibus propositis in *l. si Titius ff. de V. O.* non solum ex mente contrahentium, sed etiam ex Juris nostri regulis, dicendum est, conditionem per litis contestationem im-
18 pleri. Animadvertendum enim est, quod etiam in rebus, quando res, quæ ponitur in conditione, posita est etiam in obligatione, statim agi potest. Si quis ita stipuletur: *penum dabis, & si penum non dederis, decem dabis?* In hac stipulatione penus non solum posita est in conditione, sed etiam deducta in stipulationem, & obligationem. In hac stipulatione si per promissorem steterit, quominus penum daret, statim agi potest ad decem *l. ita stipulatus 115. §. ult. ff. de V. O. l. 1. §. item si ff. ad Leg. Falcid.* & conditio hæc post motam litem existit *l. nuda C. de contr. stipul.* Non aliter in casu nostro, in quo propter duplicem stipulationem Titii, & Seji, utrique debitor est obligatus, & statim agi potest, & per litis contestationem conditio impletur. Non solum enim Sejus ponitur in conditione, & ponitur ad solutionem: sed etiam ponitur in stipulatione, & obligatione. Nec solum Sejo solvi potest, sed etiam Sejus fundum deduxit in stipulationem. Sicut igitur in superiori stipulatione, in qua non solum res posita est ad solutionem, sed etiam deducta in stipulationem, conditio post motam litem existit: ita & in casu nostro.

Defensa Accursii interpretatione, quid sentiam de interpretatione Petri de Bellapertica, paucis aperiam. Existimavit ille statim agi posse ex his stipulationibus, 19
quia non sunt conditionales: idcirco autem conditionales non sunt, quia contrahentes expresserunt conditionem, quæ tacite inerat. Quoties autem exprimitur conditio, quæ tacite inest, non fit actus conditionalis *l. 3. ff. de legat. 1. l. in conditionibus 19. §. 1. l. aliquando 107. ff. de cond. & demonstr.* Enimvero in his stipulationibus videtur expressa conditio, quæ tacite inest: cum enim id actum esset inter contrahentes, ut essent duo rei credendi; semper in duobus reis inest tacite ex natura actus conditio illa, *si alteri non solverit:* nam alteri solvendo ab altero etiam liberatur *§. 1. Instit. tit. de duobus reis.* Et hæc facultas alteri solvendi durat usque ad litem contestatam *l. 2. l. ex duobus ff. de duobus reis.* Et hanc interpretationem probat subtilissimus Bartholomæus Chesius *lib. 2. Interp. cap. 42.*

Sed opponit Bartolus, conditionem, quæ tacite inest, impedire actionem *l. item quia*

quia §. *hujus rei ff. de pact.* Quid reſponderit Cheſius, non ſatis intelligo. Nam *l. ſi dies* §. *ult. ff. quan. dies leg. ced.* pro-
20 bat potius ſententiam Bartoli, quia licet legatum illud conditionale non ſit, tamen peti non poteſt ante exiſtentem conditionem, & ante aditam hæreditatem. *l. hæredis aditio ff. eod.* Igitur & in caſu noſtro licet ſtipulatio non ſit vere conditionalis; tamen actio erit differenda quamdiu alteri ſolvi poteſt, nec ſufficiet, natam eſſe obligationem *l. cum illud* 25. §. 1. *ff. quan. dies leg.*

Putarem igitur, reſponderi poſſe, diſtinguendum eſſe. Aut exprimitur id, quod etſi non exprimeretur, tamen differret actionem, quamvis tacite ineſſet: & tunc expreſſum differt actionem, ſicut eam differt, cum tacite ineſt: ut in laudatis legibus. Neque enim expreſſum minorem vim habere debet, quam habe-
21 ret tacitum. Aut exprimitur id, quod non differebat actionem, cum tacite inerat: & tunc neque expreſſum differt. Et ratio eſt, quia expreſſum nihil operatur, cum ſupervacuum ſit adjicere id, quod ineſt etiamſi non adjiciatur *l. Cornelius* 69. *ff. de hæred. inſtit. l. ſi in diem* 46. *l. ſervo ff. de cond. & demonſtr.* In caſu noſtro quilibet ex duobus reis ſtatim agere poteſt, licet debitor poſſit alteri ſolvere; & ideo cum non differat actionem id, quod tacite ineſt, nec expreſſum eam differre debet.

Ego potius opponerem, quod hujuſmodi conditiones *dandi*, *ſolvendi*, & ſimiles, ſi exprimantur, perſonæ cohærent *l. qui hæredi in princ. & in* §. *ſeq. l. ſi ita expreſſum ff. de cond. & demonſtr.* Et ideo aliam vim habent expreſſæ, aliam tacitæ *l. eum qui certarum* 138. §. 1. *ff. de V. O. l. ſi ita legatum* 65. §. 1. *ff. de*
22 *leg.* 1. & ideo licet tacitæ non faciant actum conditionalem; tamen conditionalem faciunt, ſi exprimantur *l. ſi ita expreſſum ff. de cond. & dem. l. ſi ita legatum* 65. §. 1. *ff. de leg.* 1. Neque enim poterit dare ejus hæredi, neque domino, aut ſervo *l. ſub diverſis in fin. l. qui hæredi ff. de cond. & dem.* Quo fit, ut actus ſit conditionalis *d. l. ſub diverſis.*

Crediderim tamen, alia ratione tentari poſſe, eas ſtipulationes non eſſe conditionales: non quia fuerit expreſſa conditio, quæ tacite inerat. Nam, ut dixi, quando conditio expreſſa non habet eamdem vim, ac tacita, facit actum conditionalem; ſed ex mente contrahentium. Tametſi quis protulerit verba conditionis, 23
ea non faciunt conditionem, ſi alia mente protulit *l. muto ff. de tutel. l. avia* 77. §. *ult. ff. de cond. & dem.* In caſu noſtro contrahentes adjecerunt illa verba: *ſi alteri non dederis*: non animo adjiciendæ conditionis, ſed ut oſtenderent, ſe conſtituere velle duos reos credendi. Poſſunt duo rei conſtitui etiam per ſtipulationes ſeparatim: ſed ita demum, ſi hoc actum ſit, ut duo rei conſtituantur *l.* 3. *ff. de* 24
duob. reis. In noſtra proponuntur duo ſeparatim ſtipulati: ſi ſimpliciter ſtipulati eſſent ſine aliqua adjectione, non eſſent duo rei ſtipulandi *l. reos* §. 1. *ff. de duob. reis princ. Inſtit. tit. de duob. reis verſ. nam ſi.* Itaque exprimendum erat aliquid, quo conſtaret, id inter eos actum fuiſſe, ut duo rei conſtituerentur. Quare contrahentes expreſſerunt ea, quæ propria ſunt duorum reorum. Ea duo ſunt: ut debitor 25
utrique in ſolidum teneatur §. 1. *Inſtit. de duob. reis l.* 2. *ff. eod.* & ut debitor uni ſolvens ab utroque liberetur *d.* §. 1. & *d. l.* 2. Hæc autem duo expreſſerunt, reciproca illa conditione: *ſi alteri non dederis*: quam adjecerunt, non ut ſuſpenderent obligationem, & actionem; ſed ut admonerent debitorem eum ita utrique in ſolidum teneri, ut tamen una ſolutione poſſet ab utroque liberari, argumento text. in *l. muto ff. de de tutel.* ibi: *Non conditionem in ſe habere, ſed admonitionem, non aliter ei tutelam committi, quam ſi ſatis dederit.* Si ſimul ſtipulati fuiſſent, utique eſſent duo rei, & juxta naturam duorum reorum ſine alia adjectione debitor alteri ſolvere teneretur, ſi alte-

alteri non solvisset. Cum autem separatim stipulati essent, non poterat constare an essent duo rei, nisi hoc, aut simili modo voluntatem suam declarassent. Itaque hæc declaratio ex eorum mente habet vim constituendi duos reos, non inducendæ conditionis. Vide text. in *l. cum ita legatur 9. ff. de opt. leg.* ubi similis conditio resolvitur in alternativam. In casu nostro cum uterque sit stipulatus, & quidem separatim, utrique promissor est obligatus, ut sit in duobus reis: & conditio quoad solutionem resolvitur in alternativam: hoc est, uni, cuicumque volet, solvendo liberatur ab altero.

CAPUT XXVI.

AD L. CUM DUOBUS

52. §. *damna ff. pro socio*.

SUMMARIUM.

I. *Casus fortuitus quomodo appelletur in Jure.*
II. *Ejus descriptiones.*
III. *Quid sit* imprudentibus accidere, *& quid significet*, imprudens.
IV. *Explicatur Virgilii locus.*
V. *Factum Principis est casus fortuitus.*
VI. *Quid sit casus fortuitus. & n. 16.*
VII. *Exponitur* l. quæ fortuitis C. de pign. act. *& quid sit casus fortuitos prævidere non posse. & num 16.*
VIII. *Naufragium, & Piratarum incursus, sunt casus fortuiti: & quare.*
IX *Ruinæ, & incendia licet Romæ frequentissima, sunt casus fortuiti.*
X. *Mortes animalium, & fugæ servorum, casus fortuiti.*
XI. *Item grandines, aquarum magnitudines, fluminum inundationes, urredines, graculi, sturni.*
XII. *Item debitoris decoctio.*
XIII. *Quæ sint propria casus fortuiti.*
XIV. *Rapina est casus fortuitus, non furtum, & quare.*
XV. *Quid sit* providere, *ad explicationem* l. 2. §. si eo tempore ff. de adm. rer. ad civ. pertin.
XVII. *Casus fortuiti alii soliti, alii insoliti. Defenditur late hæc DD. distinctio. & nu. seqq.*
XVIII. *Chasma, labes, frigus immoderatum, sunt casus inopinati.*
XX. *Opera Naturæ non sunt casus fortuiti, nisi sint præter consuetudinem, & immoderata: ut frigus, æstus, pluviæ, venti.*

Casus fortuitus appellatur vis major, vis divina, fatum, damnum fatale, detrimentum fatale, fatalitas, *l. si merces*
25. §. vis major. l. si fundus 33. in fin. ff. 1
locat. l. verum 11. §. si locupleti ff. de minor. l. si ut certo §. quod vero ff. commod. l. 1. §. & ille quidem ff. de oblig. & act. l. fluminum 24. §. Servius ff. de damn. infect. l. 3. §. 1. ff. nautæ, caupon. stabul. l. 3. ff. de instr. vel instrum. leg. l. 1. C. de jure em-
phyteut. l. cum duobus §. damna ff. pro soc. 2
Ipsum autem his descriptionibus Veteres explicarunt: *Qui prævideri non potuit: quem nullum humanum consilium provideri potest*; *l. quæ fortuitis C. de pignorat. act. l. 2. §. si eo tempore ff. de admin. rer. ad civitat. pertin.* His tamen non videtur esse consentanea Ulpiani descriptio in *l. cum duobus §. damna ff. pro soc. Damna, quæ imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia.*

Emendat hanc legem Hotomannus *observ. lib. 4. cap. 16. damna, quæ prudentibus accidunt*. Enimvero Latini sermo-
nis elegantiam Ulpiano videtur invidis- 3
se. Damna, quæ imprudentibus accidunt, sunt damna, quæ nobis nihil tale cogitantibus accidunt, quia accidunt præter opinionem, atque expectationem, quia provideri, ac præcaveri non possunt. Imprudens enim sæpenumero dicitur, non qui imprudentiæ, & oscitantiæ vitio laborat, sed insciens, & ignarus; qui etiam sine ulla culpa, vel factum præteritum ignorat, vel futurum non providet. Facta etiam prudentissimos fallunt *l. 2. ff. de Jur. & facti ignor.* Futura autem nemo omnia potest providere: nisi Homericus ille vates,

Ὃς ᾔδη τάτ' ἐόντα, τάτ' ἐσσόμενα πρότ' ἐόντα.

Nemo tam prudens est, cui non aliquid accidat præter opinionem. Hic autem in re, quæ præter opinionem, expectationemque accidit, imprudens dicitur, quia

id

id non providit, non quia imprudenter, aut oscitanter se gesserit: nimirum eo verbo factum potius demonstramus, quam animi vitium. Recte Terentius *in Adelphis act. 5. sc. 4. Numquam ita quisquam bene subducta ratione ad vitam fuit; quin res, ætas, usus aliquid apportet novi, aliquid moneat.* Et in hac significatione passim usurpatur hoc verbum tum a Veteribus Jurisconsultis, tum a Latinis Scriptoribus. A Jurisconsultis in *l. cum ab eo §. ult. ff. de contr. empt. in l. in his rebus §. mulier ff. solut. matrim.* ibi: *Sive prudens mulier plus esset stipulata, sive imprudens. l. si servus 24. §. servum ff. de action. empt. l. atqui 19. ff. de negot. gest. l. cum fundus 31. §. servum ff. de reb. credit. l. in fundo 38. in princ. ff. de rei vindic.* A Veteribus Scriptoribus, ut a Cicer. *pro Roscio Amer. Hæc omnia, Judices, imprudente L. Sylla facta esse certo scio.* Terent. *in Hecyr. Plus hodie boni feci imprudens, quam sciens ante hunc diem umquam.* & in *Andr. act. 1. sc. 3. in fine. At ego hinc me ad forum, ut conveniam Pamphilum, ne de hac re pater imprudentem opprimat.* Cic. pro Sextio, a quo Consul dicitur *imprudens impendentium malorum.*

Virgil. *Georg. lib. 1.*

4 —— *Numquam imprudentibus imber*
Obfuit.

Miror in hujus carminis interpretatione hærere doctissimos. Hoc nimirum voluit demonstrare Virgilius, tot, ac tam manifesta esse signa imbris impendentis, ut a quolibet prævideri possit: & quamvis noceat agricolis, quia declinari non potest, non tamen nocet iis imprudentibus, sed prævidentibus. Hotomannus tentat emendare duobus modis hunc locum: *numquam prudentibus.* Sed hæc emendatio falsam sententiam affingit Virgilio; nam tempestas, & imber nocet etiam prudentibus: est enim vis major, cui resisti non potest. Vel putat corrigendum, *affuit*. Sed hoc multo languidius est, & a Virgiliana majestate alienum. Post illos versus:

At Boreæ de parte trucis cum fulminat: & cum
Eurique, Zephyrique tonat domus: omnia plenis
Rura natant fossis, atque omnis navita ponto
Humida vela legit:

Quam languide subjicitur: *imber affuit?* *Obfuit* plenius est, & vehementius: & explicatius describit vim imbris, qui nocet etiamsi prævideatur. Et sane imber ille, quem versibus præcedentibus describit, non adest, sed obest. Idem Virgil. 2. *Georg.*

—— *Nec metuit surgentes pampinus Austros,*
Aut actum cœlo magnis Aquilonibus imbrem.

Sed ad rem redeamus. Sunt igitur damna fatalia, quæ imprudentibus accidunt: accidunt enim præter opinionem, atque expectationem nostram nobis non providentibus; quia provideri humano consilio non possunt *l. 2. §. si eo tempore ff. de admin. rer. ad civit. pertin. l. quæ fortuitis C. de pignor. act.*

Cavendum tamen est, ne nobis imponat perversa harum legum interpretatio, quæ in errorem induxit quosdam primæ classis Pragmaticos, qui primas in foro tenuerunt. Existimant illi, nullum esse casum fortuitum, nisi qui sit omnino 5
insolitus & inopinatus. Itaque licet factum Principis referatur inter casus fortuitos, quia ei resisti non potest *l. si fundus 33. ff. loc.* si a Principe minuantur reditus locorum, montium, id inter casus fortuitos non putant esse recensendum, quia poterat prævideri, Principem posse illos reditus minuere.

Ut evellamus hunc errorem, luculentius

tius exponendæ sunt superiores leges; & 6 natura casus fortuiti accuratius explicanda. Casus fortuitus est, cui humana infirmitas resistere non potest *l.* 1. §. *& ille quidem ff. de oblig. & act. l. ex conducto* §. *si vis ff. locat. l. in rebus in princ. ff. commod. l. in judicio* 28. *C. de locato*. & ideo vis major, vis divina, fatum appellatur, ut initio diximus. Quocirca etiamsi prævideatur, tamen declinari non potest: ut imber ille Virgilianus, qui nocet, etiamsi eum manifesta signa præcesserint significantia futurum imbrem. Est quidem incertus casus fortuitus, cum a fortuna, fatoque pendeat: & ideo recte dictum est, ea, quæ fortuitis casibus accidunt, prævideri non posse in *l. quæ*
7 *fortuitis C. de pignor. act.* Hoc tamen non ita accipiendum est, quod nemo possit prævidere, generatim accidere posse aliquem casum fortuitum. Nemo quidem divinare, ac præscifcere potest, an sit eventurus, an non aliquis casus fortuitus; ac proinde non potest culpæ cujusquam adscribi, quod non præcaverit casum, quem ignorabat extiturum. Nemo tamen ignorat, fieri posse, ut casus aliquis accidat: impendent enim semper mille casus nobis occulti, qui etsi a nobis non prævideantur, scimus tamen evenire posse. Sed hoc non impedit, quominus sint casus fortuiti. Dixi fortasse paulo obscurius; sed exemplis luculentius id explicabo.

Qui rem commodat Titio, ut trans mare ferat, utique prævidere potest tam ipse, quam Titius, fieri posse, ut naufra-
8 gium faciat, ut in Piratas incurrat. Et tamen tam naufragium, quam Piratarum incursus casibus fortuitis adscribuntur *l. in rebus* 18. *ff. commod.* Nimirum quia hæc incerta sunt, & a casu pendent, nec præcaveri, ac declinari possunt.

Nemo ignorat evenire posse, ut ædes vel incendio absumantur, vel corruant. Frequentissima erant incendia Romæ, frequentissimæ ruinæ. Juven. *Sat.* 3.

Nam quid tam miserum, & tam solum vidimus, ut non
Deterius credas horrere incendia, lapsus
Tectorum assiduos.

Senec. *lib.* 2. *Controv. Tanta altitudo est ædificiorum, tantæque viarum angustiæ, ut* 9
neque adversus ignem præsidium, neque ex ruinis ullum ullam in partem effugium sit. Hinc sæpe cohibita ædificiorum altitudo, ut crebris ruinis occurreretur. Hinc ab Augusto institutæ Vigilum cohortes ad extinguenda incendia, qui non alium ei rei sufficere, quam Cæsarem credidit. *l.* 1. 2. *&* 3. *ff. de off. Præf. Vigil.* Cui igitur non veniret in mentem, vel ruinam, vel incendium existere posse? Nihilominus tamen, quia hæc sunt incerta, sunt a casu, evitari non possunt, inter casus fortuitos recensentur in *l.* 1. §. *& ille quidem ff. de oblig. & act.* §. *item is cui Inst. tit. quib. mod. re contrah. oblig. l. contractus ff. de Reg. Jur. l. in ratione* 30. *in princ. ff. ad Leg. Falc.*

Quid mortes animalium? Non adeo raro accidunt, ut conductor gregis non 10
possit prævidere, ac suspicari eas existere posse. Virgil. 3. *Georg.*

Non tam creber agens hyemem ruit æquore turbo,
Quam multæ pecudum pestes.

Quid fugæ servorum? quam frequentes illæ fuerunt? Ut quotidianas prætermittam, an non Eunus, Athenio, Spartacus fugitivorum exercitus ingentes, & Romanis ipsis formidabiles coegerunt? Et tamen animalium mortes, & fugæ servorum casibus fortuitis adscribuntur in *l. contractus* 23. *in fin. ff. de Reg. Jur. l. in ratione* 30. *in princ. ff. ad Leg. Falcid.* nec ab ullo præstantur, quia sine culpa nostra accidunt, & facile præcaveri non possunt.

Conductor agri certe non ignorat fieri posse, ut grandine segetes prosternantur, uvæ, & oleæ decutiantur, (quam fun-

fundi calamitatem vocat Terentius, Ulpianus vero *calamitosam tempestatem*) uredine corrumpantur, a graculis, ac sturnis absumantur: aquarum magnitudine,
11 fluminum inundatione vastentur agri: & tamen hæc inter casus fortuitos numerantur in *l. ex conducto* §. 1. *ff. locat.* in *l. contractus ff. de Reg. Jur.* in *l. in ratione ff. ad Leg. Falc.*

Quid? estne quicquam frequentius, quam debitores facultatibus labi? Estne quisquam adeo rudis, ac rerum ignarus, qui nesciat fieri posse, ut debitor facultatibus labatur, & tempore fiant pejora debitorum nomina? Et tamen hoc fieri
12 casu fortuito, & hunc casum humano consilio provideri non posse traditum est in *l.* 2. §. *si eo tempore ff. de admin. rer. ad civit. pertin. l. in ratione in princ. ff. ad Leg. Falcid.* Nimirum quia nec prævideri potest id futurum, nec evitari: idque sine culpa nostra, & præter expectationem accidit.

Recte igitur, & eleganter, ut semper, M. Tullius *lib.* 5. *epist.* 17. *Communem, & incertum casum, neque vitare quisquam*
13 *nostrum, neque præstare ullo pacto potest.* Hæc duo sunt propria casus fortuiti: ut sit *communis*, hoc est, cuilibet potuerit evenire, adeoque vitari non potuerit: ut sit *incertus*, atque adeo præstari non potuerit. Quamobrem licet rapina furto cognata sit; tamen rapina est casus fortuitus, furtum non item, *l. contractus ff. de Reg. Jur. l. cum duobus* §. *damna ff. pro soc.*
14 Rapina enim vitari non potest, nec provideri ne accidat, quia vim continet *princ. tit. Inst. de vi bon. raptor.* vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest *l.* 2. *ff. quod met. caus.* Contra furtum, in quo nulla vis adhibetur, a diligenti patrefam. præcaveri potest, raro sine culpa nostra accidit.

Hic autem operæ pretium est animadvertere, quod in laudata *l.* 2. §. *si eo tempore ff. de admin. rer.* non dixit J. C. casus fortuitos esse, qui prævideri non possunt: sed, *qui nullo humano consilio provideri possunt*: hoc est, adversus quos caveri non potest, ut explicant Imperato- 15
res in *l. tutoribus* 4. *C. de peric. tutor.* Providere enim, etsi significet futura longe ante videre: tamen plerumque significat curare, ut aliquid fiat, vel non fiat, & præcavere, ne quid accidat. Terent. in Andr. *Quæ si non astu providentur, me, aut herum pessumdabunt.* Cic. 3. *in Verr. Nam qua invidia C. Junius conflagrarat, ea, nisi providisses, tibi ipsi tum pereundum fuisset.* Cæs. *de Bell. Gall. lib.* 5. *Tum demum Titurius, uti qui nihil ante providisset, trepidare.* Cic. *lib.* 6. *epist.* 10. *ad Trebat. in fine: Quæ sunt in fortunæ temporibus regentur, & consiliis nostris providebuntur.* Hinc frequens illa in Rescriptis Imperatorum formula: *Præses, vel Judex providebit l. qui legati* 5. *C. ut in possess. legat. l.* 3. *C. si min. se major. dixer. l.* 2. *C. de tempor. in integr. rest. l. ult. C. comm. divid. l. ex pecunia* 12. *C. de jur. dot. l. si creditores* 18. *C. de pact. l. nec omissa C. de liber. causa:* & alibi passim. Hinc providus dicitur, qui solers est, & cautus in accurandis iis, quæ ad rem bene gerendam, & vitanda pericula, & imminentia damna conducunt. Quapropter providum fortuito opponitur. Cicer. *de Natur. Deor. Atque ut intelligamus, nihil horum esse fortuitum, & hæc omnia esse opera providæ, solertisque naturæ.*

Ex quibus conjecturam facio etiam in *l. quæ fortuitis C. de pignor. act.* legendum esse *cum provideri non potuerint:* ut legi- 16
tur in quibusdam optimæ notæ codicibus: quæ lectio & multo elegantior est, & multo accommodatior ad explicandam naturam casus fortuiti. Cicer. *lib.* 2. *de Invent.* agens de accusando eo, qui se defendit necessitate casus fortuiti. *Postea demonstrare potuisse evitari: & hac ratione provideri potuisse, si hoc, aut illud fecisset; aut nisi fecisset, præcaveri.* Est enim casus fortuitus, fortunæ vis, quæ obstat hominum voluntati, & eludit eorum consilia. Id. *eodem libro* 2. *de Invent. Casus autem inferetur in concessionem, cum demon-*

monstrabitur aliqua fortunæ vis voluntati
obstitisse. Idem *pro M. Marcello : Num-*
quam ad consilium casus admittitur. Et
pro Rabirio Postum. de facto Regis, quod
putabatur casus fortuitus, ait: *Nolite igi-*
tur fortunam convertere in culpam, neque
Regis injuriam hujus crimen putare : nec
consilium ex necessitate : nec voluntatem ex
vi interpretari. Recte, nam in Jure no-
stro hæc tria considerantur: dolus: cul-
pa: casus fortuitus. Quod caret dolo &
culpa, adscribitur necessitati ac vi, &
casus fortuitus appellatur *l. contractus* 23.
ff. de Reg. Jur.

His expositis, constat, egregie alluci-
nari eos, qui reprehendunt distinctionem
nostrorum Interpretum inter casus soli-
tos, & insolitos: & arbitrantur, omnes
casus fortuitos insolitos esse, cum sint
17 omnes omnino inopinati. Enimvero ca-
sus fortuiti, si comparentur ad ea, quæ
quotidie naturaliter accidunt, sunt omni-
no insoliti: si vero inter se conferantur,
alii soliti sunt, alii insoliti. Sunt enim
quidam casus, qui frequenter accidunt:
sunt quidam alii, qui insolenter, ac ra-
ro, ac fere numquam. Et hi sunt omni-
no inopinati, quia vix possunt homini
vel cautissimo ac solertissimo in men-
18 tem venire: ut est chasma, & labes, cum
ad ingentem altitudinem terra desedit: ut
fuit frigus anni præsentis, quo ubique
oleæ omnes adustæ, & alicubi etiam vi-
tes aruerunt, cujus vix apud Scriptores
extat memoria, quo referri potest respon-
sum Jurisconsulti de nivibus immodera-
tis, quæ frumenta corruperant in *l. fistu-*
las §. ult. ff. de contrah. empt.

19 Qui hanc distinctionem reprehendunt,
tuentur se auctoritate J. C. in *l. fistulas*
§. ult. ff. de contr. empt. Frumenta, quæ in
herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te,
si quid vi, aut tempestate factum esset,
præstaturum : ea frumenta nives corrupe-
runt. Si immoderatæ fuerunt, & contra
consuetudinem tempestatis, agi tecum ex
empto poterit. Vel, ut docti Viri emen-
dant: *contra consuetudinem tempestates*.

Sed meminisse oportet ejus, quod su-
pra monuimus ex Cicerone: opera pro-
vidæ, solertisque naturæ fortuitis oppo-
ni. Quamobrem hæc non dicuntur for- 20
tuita, nec ad fortuitos casus referuntur,
nisi sint insolita, immoderata, & præter
solitum, & consuetum naturæ ordinem.
Pluviæ, venti, nives, frigus, æstus, tu-
mentes fluminum undæ, sunt opera pro-
vidæ, solertisque naturæ: adeoque ad ca-
sus fortuitos non pertinent, nisi immo-
derata sint, & præter solitum, & con-
tra consuetudinem. Quamobrem recte Ul-
pianus in *l. ex conducto §. 1. ff. locati*: ait,
Aut Solis fervore non assueto id acciderit,
damnum domini futurum: si vero nihil ex-
tra consuetudinem acciderit, damnum colo-
ni esse. Fervor Solis naturaliter quotan-
nis accidit: atque adeo ut ad casus for-
tuitos referatur, necesse est, ut sit contra
consuetudinem, non sit assuetus. Eadem
ratione in *l. contractus in fin. ff. de Reg.*
Jur. ad casus fortuitos referuntur non
aquæ, aut pluviæ, sed aquarum magni-
tudines: & in *l. fluminum* 24. *§. Servius*
ff. de damn. inf. non venti, sed ventorum
violentia: & in *l. damni infecti* 43. *ff. eod.*
Sed si tanta vis venti fuisset, ut quam-
vis firma ædificia convelleret. & in *§. cum*
autem emptio Inst. tit. de empt. & vendit.
Inundatione aquæ, aut arboribus turbine
dejectis. Hæc enim omnia, cum sunt
consueta, naturalem rerum cursum non
prætergrediuntur, ideo fortuita esse non
possunt. Cum vero insolita sunt, & im-
moderata, non naturaliter accidere, sed
vim divinam habere creduntur *d. l. flu-*
minum §. Servius ff. de damn. inf. Verissi-
mum est quod diximus, omnes casus
comparatos ad ea, quæ in dies naturali-
ter accidunt, insolitos esse.

Ca-

CAPUT XXVII.

AD L. QUIDAM TESTAMENTO

96. ff. de legat. 1.

SUMMARIUM.

I. Quid differat assignatio fundi taxative, an demonstrative facta sit.
II. Plura exempla fundi assignati demonstrative.
III. Plura exempla fundi assignati taxative.
IV. Quando taxationis, vel demonstrationis vicem obtineat fundi assignatio, & n. 17.
V. Quando certum corpus deducitur in obligationem, semper illud taxative fit.
VI. Secus est in emptione: & quare?
VII. Error in materia licet non vitiet alios contractus, vitiat emptionem: & quare?
VIII. Venditor non debet asseverare, quæ ignorat.
IX. Conditiones quæ ad præsens, vel præteritum referuntur, non faciunt actum conditionalem.
X. Aliud est taxatio fundi: aliud taxatio temporis.
XI. Dies non ad finiendam obligationem, sed ad differendam solutionem adjicitur, & quando secus?
XII. Adjectio reditus, aut fructus conditionaliter facta semper vicem taxationis obtinet.
XIII. Demonstratio in futurum collata conditionem facit.
XV. Qui legat id, quod a Titio hæres exegerit, videtur legare actionem, quam habet adversus Titium; sicut qui legat, quod sibi debetur.
XVI. Fundus obligatus pignori numquam vicem taxationis obtinet: & quare? Pignus neque auget, neque minuit obligationem.
XVII. Cum certa quantitas deducta est in obligationem, assignatio loci habet vim demonstrationis, & n. 20. & 21.
XVIII. Certa ætas conditionem facit adjecta substantiæ legati, non ejus executioni.
XIX. Dies in eventus exonerandi hæredis causa adjectus, non facit conditionem.
XXII. Fundus assignatus substantiæ legati, habet vim taxationis, & n. seqq.

IN celebri illa quæstione, quæ sæpenumero in Foro agitatur, an assignatio certi fundi, vel loci, vel summæ, facta censeatur taxationis, vel demonstrationis causa, multæ occurrunt leges, quæ videntur inter se pugnare, & accurata indigent explicatione. Non raro hac de re disputandum est: nam facile evenire solet, ut fundus destinatus, & assignatus, vel initio, vel progressu temporis non sufficiat ad erogandam debitam præstationem: quo casu si taxationis causa fundus est assignatus, non tenetur aliunde 1
supplere, qui ad eam præstationem est obligatus: si vero demonstrationis causa sit adjectus, supplere tenebitur, & integram præstationem solvere, etiamsi ex fundo assignato redigi non possit. *l. quidam testamento 96. in princ. ff. de legat.* 1. *l. Paula Callinico 27. ff. de leg. 3. l. cum certus ff. de trit. vin. & ol. leg.*

Quod fundus demonstrationis causa sit assignatus, probari videtur primo ex *l. quidam testamento 96. in princ. ff. de legat.* 1. ubi proponitur hujusmodi legatum: *Aureos quadringentos Pamphilæ dari volo; ita ut infra scriptum est: a Julio actore aureos tot, & in castris, quos habeo tot; & in numerato quos habeo, tot.* Testator 2
ante mortem summas illas in alios usus convertit. Quæsitum est, an hæres nihilominus teneretur ad solvendos Pamphilæ quadringentos. Respondit Julianus: *Verosimilius est patremfam. demonstrare potius hæredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent, quam conditionem fideicommisso injecisse, quod initio pure datum esset; & ideo quadringenti Pamphilæ debebuntur.*

Secundo, ex *l. Paula Callinico 27. §. Julianus ff. de leg. 3.* ibi: *Placuit Imperatori non videri ejus fideicommissum, sed demonstratum unde accipere posset, & ideo hæres Severi hæc præstare debet.*

Tertio, ex *l. Lucius Titius 12. ff. de aliment. leg.* ibi: *Paulus respondit, cibaria, & vestiaria integra deberi: neque ex eo, quod postea prædia his pignoris jure testator obligare voluit, ut ex reditu eorum alimenta perciperent, minuisse eum, vel auxisse ea, quæ reliquerat, videri.*

Huc etiam referunt Interpretes nostri textus in *l. ex eo vino 13. ff. de trit. vin. & ol. legat.* in *l. Firmio Heliodoro 26. ff. quan. dies legat. ced.* in *l. inter stipulantem §. sacram. ff. de V. O.* in *l. legatum §. vini ff. de ann. leg.* In quibus supplenda est quantitas legata, vel promissa ex reditu alio-

aliorum annorum, si minus aliquo anno collectum fuerit ex reditu fundi assignati.

Contra vero quod fundus videatur assignatus causa taxationis, adeoque supplendum non sit, si minus ex eo redigi
3 possit, probari videtur ex *l. cum certus 5. ff. de tritic. vin. & ol. leg.* ibi: *Cum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset; & minus natum esset, non amplius deberi placuit, & quasi taxationis vicem obtinere hæc verba; quod natum erit.*

Secundo, ex *l. si debitor 39. §. 1. ff. de contr. empt.* ibi: *Verisimile est eum, qui fructum olivæ pendentis vendidisset, & stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset usque ad decem pondo olei: idcirco solis quinque collectis non amplius emptor petere potest, quam quinque pondo olei, quæ collecta essent.*

Tertio, ex *l. nomen debitoris 34. §. uni ex hæredibus ff. de leg. 3.* ibi: *Respondit manifeste proponi, ex reditibus bonorum eorum jussum æs alienum exsolvere, non de proprio.*

Ut has, & alias leges conciliemus, & magis distincte, atque explicate, quam ab aliis factum sit, hanc quæstionem exponamus; primum monendum est, huic quæstioni tantummodo locum esse, quando certa quantitas legatur, aut deducitur in obligationem, eaque percipienda est ex reditu alicujus fundi, vel ex aliquo loco: tunc enim in controversiam vocatur, an adjectio illa loci, vel fundi habeat vim taxandæ, ac minuendæ obligationis, si ex eo loco, vel fundo
4 tota illa quantitas redigi, ac percipi non possit. Et de hoc agunt omnes leges modo laudatæ, ut facile poterit quilibet animadvertere. Contra vero, si non certa quantitas ex fundo assignato percipienda deducatur in obligationem: sed ipse fundus, vel certum corpus in obligatione ponatur, & deinceps ejus reditus, vel quantitas enuntietur: tunc hæc adjectio demonstrationis causa facta censetur, nisi constet de contraria voluntate. Quamobrem in *l. si servus 108. §. qui quinque ff. de leg. 1.* responsum est, quod si testator legaverit decem, quæ in arce habet, si quinque habeat, quinque tantum debentur: idemque esse in stipulatione. Et in *l. si ita legatum 65. in princ. ff. eod.*
Si quis legaverit decem servos, præter 5
eos, quos Sejo legavit: & pauciores inveniantur, illi tantum debentur. Cum enim certum corpus legatum sit *d. l. si servus §. qui quinque l. sed si certos 51. & l. plane 34. §. sed hoc ita ff. de leg. 1.* corpus illud deducitur in obligationem, ut ajunt, taxative, & quantumcumque sit, ipsum solum debetur: quantitas autem, & summa adjecta est demonstrative, adeoque non auget legatum, nec tenetur hæres supplere, si desit aliquid quantitati demonstratæ. Neque enim quantitas deducta est in obligationem, sed certum illud corpus nummorum, qui in arca sunt, & ideo si nihil sit in arca, nihil est in legato *l. 1. §. sed & si dotem ff. de dot. præleg. d. l. si servus §. qui quinque. & l. si ita legatum in princ. ff. de leg. 1.*

Alia tamen causa est emptionis, & venditionis: nam si venditor homini dixerit peculium eum habere decem, nec
quicquam adempturum: si plus sit in pe- 6
culio, totum præstare debet; si minus, præstare debet decem, quæ in peculio esse dixit *l. si venditor in princ. ff. de action. empti.* Nam in emptione, & venditione id, de quo convenit, omnino præstandum est. *l. ex empto 11. §. 1. ff. de action. empt. l. cum venderem ff. locat.* & quod venditor in contrahendo dixit, omnino præstare debet, nam emptor decipi non debet, qui forte aut empturus non fuisset, aut minoris empturus *l. quæro 39. ff. de*
action. empt. Et ideo error in materia 7
licet non vitiet alios contractus *l. si id quod aurum 22. ff. de V. O. l. 2. ff. de pign. act. l. cum æs ff. de furt.* vitiat tamen emptionem, & venditionem *l. in venditionibus 9. §. ult. l. alioquin in princ. l. quid tamen in fin. l. cum ab eo §. ult. ff. de contr.*

contr. empt. l. si sterilis §. quamvis ff. de action. empt. quia præsumitur, emptorem non fuisse empturum, si scivisset alterius esse materiæ: quo fit, ut propter dissensum vitiari traditum sit in *d. l. in venditionibus, & in d. l. alioquin ff. de contr. empt.* Qui error licet sit causa dissensus in emptione, propter pretium, quod est ab emptore solvendum; tamen non est causa dissensus in aliis contractibus: alioquin enim nec alii contractus valerent *l. inter* 83. §. 1. *l. continuus* §. 2. *ff. de V. O.* §. *si de alia Inst. tit. de inut. stip.* Cum igitur venditor præcise teneatur ad præstandum id, quod dixit, ne emptor decipiatur: & in *d. l. si venditor ff. de action. empt.* duo dixerit, & affirmaverit: servum habere peculium, & in peculio esse decem: utrumque præstare tenetur. Primum præstare tenetur totum peculium quantumcumque sit: dixit enim, se nihil
8 adempturum. Potius enim assentior Accursio, qui putat, illa esse verba contrahentium, quam Fabro, qui eum reprehendit, existimans, esse verba Jurisconsulti: tota enim complexio verborum cum antecedentium, tum subsequentium pro Accursio est. Præterea præstare tenetur, in peculio esse decem, sicut dixit, & ideo si minus sit, supplere debet. Neque audiendus est venditor, si dicat, se ignorasse quantum esset in peculio: non enim debuit facile, quæ ignorabat, asseverare. *l. Julianus* §. *quid tamen ff. eod.*

Neque quisquam putet, idem traditum fuisse de stipulatione in *l. si ita stipulatus* 120. *ff. de V. O.* Etenim ibi non quæritur de supplenda summa, si centum aureorum non sit, sed solum quæritur, an hæc stipulatio, *hanc summam centum aureorum dare spondes*, sit conditionalis, nec ne. Respondit Papinianus, non esse con-
9 ditionalem: nam etiamsi contrahentes ea mente stipularentur, ut tantummodo debeatur ea summa, *si modo centum aureorum sit*; tamen non erit conditionalis stipulatio, quia verba, quæ ad præsens tempus referuntur, non faciunt conditionem *d. l. si ita stipulatus in fin. ff. de V. O. l. itaque ff. de reb. cred.* quia non suspendunt actum *l. cum ad præsens ff. eod.* §. *conditiones Inst. tit. de V. O.* Non affirmat, præsumi contrahentes ita sensisse: hoc enim falsum est *l. si servus* §. *qui quinque ff. de legat.* 1. sed affirmat, non esse conditionalem stipulationem, etiamsi ita senserint, ut ostendat, nullo casu dici posse conditionalem.

Secundo, operæ pretium est animadvertere, multum interesse inter taxationem loci, vel fundi, & taxationem temporis; quod non distinguentes DD. nostri, in varios errores prolapsi sunt. Itaque per- 10
peram existimarunt in *l. ex eo vino ff. de trit. vino & ol. leg.* in *l. legatum* §. *vini ff. de ann. leg. in l. Firmio Heliodoro ff. quando dies leg. ced. in l. inter* §. *sacram ff. de V. O.* fundum adjectum fuisse demonstrationis causa. Vere enim fundus taxationis causa fuit assignatus, sed cum tempus taxatum non fuerit, si quid uni anno defuerit, suppletur ex aliis annis. Non est supplendum ex alio fundo, sicut suppleri debet, quoties fundus demonstrationis causa fuit adjectus, nec tenetur quicquam debitor præstare, nisi id, quod in eo fundo natum erit: nihil tamen interest utrum hoc, vel illo anno natum sit *d. l. legatum* §. 1. *ff. de ann. leg. d. l. ex eo vino ff. de trit. vin. & ol. leg.* Expectandum est igitur donec nascatur id, quod debetur *l. inter* §. *sacram. versic. pro quo & illud ff. de V. O.* Imo etiamsi præfinitum sit certum tempus; tamen tempus illud non taxationis, sed differendæ obligationis causa præsumitur adjectum: ac propterea longius tempus est expectandum. Quamobrem si quis ita leget: *fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum futuri anni*: si minus quam quinquaginta colligatur primo anno, expectanda est ubertas fecundi anni: nam legato non conditio adjecta videtur, sed prolatum tempus solvendæ pecuniæ *l. Firmio Heliodoro ff. quan. dies legat. ced.* Dies enim obligationi adjicitur ad differendam solutio-

tionem ; ne præsenti die pecunia debeatur *l. eum qui* §. 1. *ff. de V. O.* §. *omnis*
11 *stipulatio Inst. tit. de V. O.* non ad eam taxandam , aut limitandam ad certum tempus, cum hoc sit contrarium naturæ temporis adjecti , quod ipso jure obligationem finire atque extinguere non potest *l. obligationum fere* 44. §. 1. *versic. placet ff. de oblig. & act.* §. *at si ita Inst. de V. O.* Non potest igitur peti ante diem, cum dies adjectus fuit *l. nihil peti* 186. *ff. de Reg. Jur. d.* §. *omnis Inst. tit. de V. O. l.* 2. §. *qui ita ff. de eo quod certo loco. l. non tamen* 9. *ff. ut legat. nom. cav.* potest tamen peti quandocumque post diem ; hoc enim est in arbitrio debitoris , quando petere velit post diem . Recte igitur respondit J. C. quod cum tempus futuri anni sit adjectum ad proferendam solutionem, expectanda sit ubertas secundi , si ex reditu primi anni redigi non possint quinquaginta . Adjicitur quidem dies aliquando ad finiendam obligationem *d. l. obligationum fere* §. 1. *verf. placet ff. de V. O. &* §. *at si ita Instit. eod.* Sed cum hoc repugnet naturæ temporis, quia tempus non est modus constituendæ, aut tollendæ obligationis *d. l. obligationum* , *& d.* §. *at si ita*, si non constet de contraria voluntate adjicientis , semper intelligitur adjectum differendæ solutionis causa , cum hoc sit maxime conveniens naturæ ipsius temporis . In specie proposita in *d. leg. Firmio Heliodoro ff. quan. dies leg. ced.* non constabat de contraria voluntate testatoris ; quia verba illa , *futuri anni* , sunt apta per se ad comprehendendum tam primum, ac proximum, quam omnes alios annos insequentes *l. eum qui Calendis in princ. ff. de V. O.* quapropter nulla causa est, cur ea verba debeamus interpretari contra naturam ipsius temporis , & contra consuetudinem testatorum , & etiam contra conjecturam voluntatis ejus , qui legavit quinquaginta , quem verisimile non est legatum minuere voluisse per adjectionem temporis, quod non minuendæ, aut tollendæ obligationis causa adjici solet, sed differendæ solutionis.

Tertio, monendum est , quod quando reditus fundi , aut fructus adjectus est per modum conditionis, semper facit ta-
xationem . Ratio in promptu est , quia 12
ea vis est, & natura conditionis, ut existens actum perficiat, deficiens actum irritet, perinde ac si non fuisset celebratus *l. hæc venditio* 7. *in princ. ff. de contr. empt. l. necessario* 8. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. si quis* 37. *ff. de contr. empt. l. Thais* 41. §. *intra ff. de fideic. libert. l. pupillorum C. de adm. tutor.* Cum autem deficiens conditio impediat, ne nascatur obligatio, multo magis habet vim ejus minuendæ. Quapropter cum J. C. quærunt , an destinatio, & assignatio fundi , vel loci , unde percipiendum est id , quod debetur , taxationis vicem obtineat , an demonstrationis, semper illud expendunt, an testator per illam destinationem, & assignationem voluerit adjicere conditionem legato : & si voluit adjicere conditionem , taxatio est, sin minus, demonstratio ut in *l. quidam testamento ff. de leg.* 1. & in *l. Firmio Heliodoro ff. quan. dies leg. ced.* in *l. nuper* 85. *ff. de leg.* 3.

Hinc constat cur in *l. cum certus* 5. *ff.* 13
de trit. vin. & ol. leg. & in *l. legatum* §. *vini Falerni ff. de ann. legat.* & in *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. de contr. empt.* vim taxationis obtineant verba illa : *quod natum erit : quod nascetur*, & similia : nam verba illa conditionem faciunt *l.* 1. §. *ult. ff. de cond. & demonstr.* Demonstratio enim in futurum collata conditionem facit *l. nuper* 85. *in fin. ff. de leg.* 3. *l. quoties* 11. *ff. de rebus dub. l. Stichum qui meus* 6. *ff. de leg.* Et ideo minuitur obligatio pro ea parte , pro qua falsa erit demonstratio *l. scribis* 34. *in fin. ff. de aur. & arg. legato*.

Nec obstat text. in *l. Firmio Heliodoro in princ. ff. quand. dies legat. ced.* Nam ibi longe alia quæstio pertractatur : an scili-
cet. tempus illud, quod fuit adjectum *fu-* 14
turi anni conditionem faciat , & restringat obligationem ad proximum annum ,

an

an vero sit adjectum ad differendam solutionem, adeoque comprehendat omnes futuros annos quoad creditorem.

Non obstat etiam textus in *l. ut hæredibus* 50. *alias l. si Titius* 5. *cum ita ff. de leg.* 2. ubi ex sententia Publicii respondit Marcellus, purum esse, non conditionale hujusmodi legatum: *quantam pecuniam hæres meus a Titio exegerit, tantam Mævio dato*. Nam testator non adjecit illam demonstrationem animo restringendi, ac minuendi legati. Voluit enim le-
15 gare totum id, quod a Titio exigi posset: hoc est, voluit legare nomen debitoris: sed ut legatarium liberaret ab incommodo, & molestia exigendi, gravavit hæredem ut exigeret, & quod exegisset Mævio legatario solveret. Itaque in eo legato licet ex verborum conceptione videatur contineri summa, quæ ab hærede fuerit exacta: tamen vi ipsa continetur ipsum jus exigendi, & actio, quæ hæredi competit adversus Titium: & ideo si legatarius velit, sibi præstari actiones adversus Titium, poterit statim hæredem cogere ad eas sibi præstandas *d. l. ut hæredibus in fin.* Non aliter qui legat centum, quæ sibi a Titio debentur, licet verborum conceptione contineantur in legato centum; tamen vi ipsa legata est actio, quæ competit adversus Titium, & hæres non tenetur præstare centum, sed actionem cedere §. *tam autem* 21. *Instit. tit. de legat. l. si sic legatum* §. *quod si ff. de legat.* 1. Et ideo si Titius nihil debeat, inutile est legatum, quia nulla est actio quæ cedi possit *d. l. si sic legatum* §. *quod si*.

Quarto denique animadvertendum est, quod quando fundus creditoris alicujus quantitatis annuæ obligatur vice pignoris, ut ex eo quantitatem illam annuam
16 percipiat, dubitari non potest, illam fundi obligationem taxationis vim habere non posse, ut traditum est in *l. Lucius Titius* 12. *ff. de alim. vel cibar. leg.* Pignus enim potest esse tum majus, tum minus debito, pro quo obligatur: & si majus sit, non auget obligationem: si minus, eam non minuit. Non potest enim mutare principalem obligationem pignus, quod ei accedit, eamque sequitur *l. cum principalis ff. de Reg. Jur. c. accessorium de R. J. in 6.* Absurdum autem esset pignus, quod pro securitate creditoris constituitur, & ut creditori cautum sit §. *ult. Inst. quib. mod. re contr. obl. l.* 1. §. *jubet* 9. *ff. de collat.* minuere obligationem creditoris: & quod ad fulciendam, & confirmandam obligationem datur, eam extenuare, & pro parte saltem irritare, & infirmare contra text. in *l. nulla Juris ff. de legib.*

Hæc, quæ hactenus exposuimus, non satis accurate distinguentes, ac perpendentes Interpretes nostri, rem per se dubiam, & controversam infinitis difficultatibus involverunt. His autem expositis paucæ admodum leges supersunt explicandæ, ex quibus hæc extitit controversia. Solent autem DD. ita distinguere. Si fundus, vel locus, unde per- 17
cipienda est quantitas legata, sit adjectus, & assignatus in eadem oratione: taxationis vim habet assignatio: si vero in diversa oratione, demonstrationis. Alii vero distinguunt, utrum fundus sit adjectus ipsi legato, vel donationi, vel substantiæ contractus: an vero executioni, & solutioni. Primo casu taxationis, secundo demonstrationis vicem obtinere. Existimo etiam superioris sententiæ auctores hoc idem dicere voluisse; sed aliis verbis expressisse. Quid enim interest una, an duabus orationibus testator id comprehendat, nisi quod fundus adjectus in eadem oratione adhæret substantiæ legati, & obligationis: in diversa vero oratione adjectus, solet respicere executionem obligationis? Et hæc rationem habent. Nam cum substantia obligationis consistit in aliqua certa quantitate, quæ in obligationem deducta est, non mutat ipsam obligationem, nec minuit quantitatem, quod testator, vel debitor adjiciat locum, aut fundum, unde illa percipienda est, & sol-

& solvenda. Hoc enim solummodo respicit solutionem, & afficit legati executionem, non vero ipsam obligationem pure contractam: ac propterea substantiam obligationis mutare non potest. Et hoc est, quod traditur in *l. quidam testamento* 96. *ff. de leg.* 1. *Vero similius est, patremfam. demonstrare potius hæredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent, quam conditionem fideicommisso injecisse, quod initio pure datum esset.*

Idem quoque constitutum est in adje-
18 ctione certæ ætatis. Certa ætas legatarii adjecta legato conditionem facit. *l. si Titio* 22. *in princ. ff. quando dies leg. ced.* Nam dies incertus facit conditionem *d. l. si Titio*, & *l. dies incertus. l. si quis* 54. *l. hæres* 79. *ff. de cond. & dem. l. si ita scriptum* 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. si ita scriptum ff. de manum. testam. l. quodcumque* §. 1. *ff. de V. O.* Sed conditionem facit certa ætas, quoties est adscripta ipsi legato, & cohæret substantiæ legati: ceterum, quando est adjecta solutioni, & executioni legati conditionem non facit, *l. ex his verbis C. quando dies leg. ced. l. Firmio Heliodoro* §. 1. *ff. quando dies leg. ced.* Nam dies adjectus solutioni, non afficit obligationem, cui non fuit adjectus, & ideo obligationem non suspendit. Quo fit, ut testator adjiciendo diem solutioni, videatur voluisse solutionem prorogare: aliud autem est prorogare solutionem, aliud injicere conditionem legato, vel fideicommisso *l. Sejus Saturninus ff. ad S.C. Trebell.* Item quoties dies
19 incertus exonerandi hæredis causa adjicitur solutioni, eam in plures pensiones, ac plures annos distribuendo hæredis commodo, conditionem non facit *l. si cum præfinitione ff. quando dies leg. ced.*

Eadem est ratio fundi, locique, ac personæ adjectæ. Hæc adjectio conditionem facit, quoties substantiæ obligationis adjicitur *l.* 1. §. *ult. ff. de cond. & dem.* si vero adjiciatur solutioni, & executioni legati, vel alterius obligationis, & ipsius hæredis commodo, ut sciat unde possit commode debitam quantitatem cogere, non facit conditionem, nec minuit obligationem. Et hoc innuit Julianus in
l. quidam testamento in princ. ff. de legat. 20
1. illis verbis: *Verosimilius est patremfam. demonstrare potius hæredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent.* Quotiescumque igitur apparet, testatorem voluisse demonstrare hæredi, unde posset commode percipere quantitatem solvendam, tunc adjectio loci, vel fundi conditionem non facit, nec vicem taxationis obtinet. Hoc autem apparet, quando testator legato pure relicto adjicit locum, vel fundum, unde solvi possit, ut in *d. l. quidam testamento ff. de leg.* 1. ibi: *fideicommisso, quod initio pure datum esset.* Qui legato, quod initio pure datum est, adjicit locum, unde solvi possit, ad expediendam solutionem, non ad minuendam obligationem videtur adjecisse.

His probe constitutis, facilis est omnium legum, quæ supersunt, expositio, & conciliatio. In *l. quidam testamento ff. de leg.* 1. initio quadringenti pure legati fuerunt: postea adjectum, unde paterfam. sine incommodo rei familiaris posset quadringentos contrahere. Hæc adjectio, est demonstratio, non taxatio aut conditio: & ideo debentur quadringenti, etiamsi ex locis a testatore demonstratis contrahi non possint.

In *l. Paula Callinico* §. *Julianus ff. de legat.* 3. Julianus alumno suo quinquaginta legaverat: eaque a Juliano Mauro
colono suo ex pensionibus sibi debitis 21
præstari voluerat. Manifeste hic locus, unde percipienda est pecunia legata, adjectus est præstationi legati, quod initio pure datum erat. Et ideo recte JC. ait, hic fuisse *demonstratum, unde hæres accipere posset.*

Contra vero in *l. nomen debitoris* §. *uni ex hæredibus ff. de legat.* 3. injunctum erat uni ex hæredibus onus solvendi æs alienum, quod ex bonis Aretonis debebatur:

22 batur: & assignati erant reditus eorumdem bonorum ad solvendum hujusmodi æs alienum: itaque assignatio respiciebat ipsum onus injunctum, & ejus substantiæ adjecta erat. Oneris enim substantia consistebat in ipsa solutione æris alieni: & huic ipsi oneri sustinendo assignatus est certus fundus. Quamobrem recte responsum est a Scævola, hanc assignationem taxationis vicem obtinere his verbis: *Respondit, manifeste proponi ex reditibus bonorum eorum jussum æs alienum exsolvere, non de proprio.*

Idem traditum in *l. Firmio Heliodoro in princ. ff. quan. dies legat. ced. Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum meorum futuri anni.*

23 Non dubitat Jurisconsultus, quin prædia sint assignata taxationis causa, adeo ut non teneatur hæres de proprio solvere, quia assignatio adjecta est substantiæ legati. Dubitat tantummodo, an illa temporis adjectio, *futuri anni*, conditionem faciat, & restringat legatum ad reditus proximi anni: an vero contineat prorogationem solutionis, & extendatur ad annos insequentes. Quapropter si testator non adjecisset illa verba, *futuri anni*, nulla fuisset dubitatio, quin hujusmodi legatum restrictum esset ad reditus prædiorum, nec de proprio, aut aliunde solvendum non esset.

Item in *l. inter stipulantem §. sacram. versic. pro quo ff. de V. O.* stipulatus est quidam *ex fundo centum amphoras vini*. Manifeste hic fundus est adjectus substan-

24 tiæ obligationis. Et ideo ait JC. amphoras vini non deberi, nisi ex vino, quod in fundo natum erit, & si fuerit bona fide consumptum a promissore, expectandum, ut iterum nascatur, & per has vices aut cessaturam, aut valituram stipulationem.

CAPUT XXVIII.

AD L. GENERALI

32. §. *Uxori* 2. *ff. de usufr. leg.* & *l. prædia* 27. §. *liberto* 3. *ff. de instr. vel instrum. leg.*

SUMMARIUM.

I. Designatio certi loci aliquando restringit legatum.

II. Legato rerum quæ alicubi sunt, continentur quæ inde casu absunt: & non continentur, quæ ibi casu sunt. & n. 21. & 22.

III. Quæ res censeantur perpetuo, vel casu esse in aliquo loco.

IV. Legato rerum omnium, quæ in domo sunt, non continetur calendarium, & nomina debitorum. & n. 8.

V. Quid si nominatim exceptum fuerit calendarium: aut legatum calendarium.

VI. Calendarium quid?

VII. Legato usufructu bonorum, & calendarium, & actiones continentur.

VIII. Verba, alia, cetera, *similia expressis includunt.*

IX. Si heredi servus prælegetur, coheredes nullam actionem habent ad petendum id, quod servus domino debebat.

X. Si cui peculium legetur, heres retinet quod domino debebatur, jure exceptionis, non jure actionis: & quare?

XI. Legato rerum, quæ alicubi sunt, pecunia fœneratitia non continetur.

XII. Legato etiam universali rerum alicubi existentium pecunia non continetur, sed vide n. 26. & 27.

XIII. Tabernæ nomine continentur merces, & omnia, quæ sunt in taberna, & n. 38.

XIV. Pecunia præsidii causa seposita continetur; & quare n. 16.

XV. Quæ sit pecunia præsidii causa seposita?

XVI. Peculium quid?

XVII. In his legatis destinatio patrisfam. attenditur. & n. 39.

XVIII. Argentum continetur, nisi fuerit venale.

XX. Nec res commodatæ, nec pignoratæ continentur.

XXII. Argentum alibi a testatore depositum continetur.

XXIII. Legato rerum, quæ Romæ sunt, continentur ea, quæ sunt in continentibus Urbis.

XXIV. Depositum non semper significat contractum.

XXV. Thesaurus aliquando dicitur etiam is, cujus depositionis extat memoria.

XXVI. Exceptio efficit, ut includantur omnia præter excepta.

XXVII. Quid comprehendit id, de quo magis dubitari poterat, comprehendit etiam id, de quo minus. & n. 50.

XXIX. Exceptio non inducit inclusionem eorum, quæ sunt diversi generis. & n. 31.

XXX. Pecunia quæ in agris habetur ad pascendos servos, & exercenda opera rustica, continetur.

XXXI. Res venales non continentur, etiamsi legatum sit universale, & in eo aliquid nominatim exceptum.

XXXII. Etiamsi legatum non sit loco circumscriptum. Exceptiones n. 37. & 38.

XXXIII. Affertur ratio.

XXXIV. Proponitur & reprobatur distinctio inter res, quæ negotiationis causa habentur, & alias res venales.

XXXV. Merces quæ dicantur, aut mercis, & promercii causa haberi: item quæ dicantur res venales? & n. 40.

XXXVI. Servi an mercis numero sint?

XXXIX. Fructus in fundo nati, ibique coacti an contineantur? vide distinctionem.

XL. Fructus fundi ad vendendum destinati sunt res venales. & n. 35.

XLI. Res destinata habetur pro re, cui destinata est, & utriusque idem jus.

XLII. Legatum fundi cum rebus, quæ ibi sunt, comparatur legato fundi cum instrumento.

XLIII. Legato fundi instructi fructus non continentur, exceptis illis, qui sunt necessarii ad colendum & instruendum agrum.

XLIV. Legata quæ non continent res venales, nec continent fructus venales.

XLV. Particula item habet vim repetendi.

XLVI. Legatum ususfructus bonorum quid contineat?

XLVII. Salinæ aliæ privatæ, aliæ publicæ.

XLIX. Lectio Pandectarum Florentinarum an semper præferenda?

LII. Per voluntariam alienationem etiam invalidam, imo per solam destinationem alienandi legatum adimitur.

LIII. Vinum in doliis, & vinum de dolio.

LIV. Fructus, qui hodie solent subministrari colonis partiariis, non continentur.

LV. Legatum fundi cum omnibus rebus, an latius pateat legato fundi instructi.

DEmonstravimus certi loci, ac fundi designationem facere aliquando conditionem, aliquando solam demonstrationem continere: & quando habeat vim taxationis, & minuendæ obligationis, luculenter exposuimus. Nunc alia ratio minuendæ obligationis per designationem, ac circumscriptionem loci est exponenda, de qua sæpenumero etiam in foro necesse est acriter disceptare.

Generalis obligatio, & generale legatum omnium rerum restringitur, ac minuitur designato, ac circumscripto certo
1 loco. Neque enim debentur omnia, quæ sunt in loco destinato, & assignato, sed solum ea, quæ ibi sunt, ut ibi perpetuo maneant, quæ ibi esse solent: non vero debentur, & legato continentur, quæ ibi casu sunt, quæ temporis causa ibi sunt collocata. Contra quæ casu absunt, & temporis causa alio translata fuerunt, aut fraudulenter ab aliquo minuendæ obligationis causa, continentur, etiamsi in loco assignato non sint *l. si ita legatum 86. ff. de leg. 3.* ibi: *Labeonis distinctionem valde probo, qui scripsit, nec quod casu abesset, minus esse legatum: nec quod casu ibi sit, magis esse legatum. l. si fundus 44. ff. eod.* ibi: *Quæ ad tempus ibi sunt, non videntur legata. l. qui saltum 67. ff. eod.* ibi: *Sed de illis sensisse, quæ perpetuo ibi esse solent*, & in *l. pen. §. 1. ff. de aur. & arg. leg.* ibi: *Quia illa verba, quod domi meæ erit, sic accipi debere: esse solebat. l. ex facto 35. §. rerum ff. de hæred. inst.* ibi: *Quia non idcirco illo erat missus, ut ibi esset. l. debitor 32. ff. de pignor. l. in prædiis §. 1. ff. in quibus caus. pign. tac. contr. l. Sejæ §. Pamphilæ ff. de instruct. vel instrum. leg.* Nam si aliquid in loco sit casu, & temporis causa, non ut ibi maneat ad ejus usum destinatum, perinde habetur, ac si ibi non esset *l. fundi 17. §. Labeo ff. de act. empt. l. si quis enim 40. ff. de relig. & sumpt. fun. l. id vestimentum 25. ff. de pecul. l. debitor 32. ff. de pignor.* 2

Atque hæc certa sunt, & explorata. Illud in controversiam vocatur, quæ res censeantur esse in aliquo loco perpetui usus causa, vel casu, & ad tempus accommodata. Pendet id a destinatione patrisfam. *l. cum de lanionis. §. item. & l. fundi instrumento ff. de fund. instr.* Sunt tamen quædam res, quæ ex sui natura censentur esse in loco ad tempus, & legato omnium rerum eo loci existentium non continentur, nisi probetur contraria voluntas testatoris; de quibus inter nostros est magna contentio. Hujus generis sunt calendarium, & nomina debitorum, pecunia numerata, res venales, & fructus ex prædio coacti. 3

Calendarium, & nomina debitorum non contineri legato rerum domi, vel in fundo existentium verius est *l. Gajus Sejus 86. in princ. ff. de leg. 2. l. uxorem* 4
41. §.

41. §. *legaverat. l. quæsitum* 78. §. 1. & §. *peto l. prædiis* 91. *in princ.* & *in* §. 1. *l. si mihi Mævia* 92. *in princ.* & *in* §. 1. *ff. de legat.* 3. Etiamsi signum aliquod universale fuerit adjectum, ut in *l. quæsitum* §. *Papinianus quoque ff. de instr. vel instrum. leg. l. uxorem* §. *legaverat ff. de legat.* 3. *l. Gajus Sejus* 86. *in princ. ff. de leg.* 2. & *in l. si mihi Mævia* §. *ult. ff. de legat.* 3. ubi legatæ erant domus, *nullo omnino excepto, cum omni instrumento, & repositis omnibus*. Vix excogitari possunt verba magis universalia; & tamen instrumenta debitorum in domibus legatis reperta non debentur.

Quod si in legato nominatim fuerit exceptum calendarium, non solum nomina debitorum, quæ ad calendarium per-
5 tinent, excepta intelliguntur, sed etiam pecuniæ calendario destinatæ: sicut legato calendario legatæ videntur etiam pecuniæ calendario destinatæ *l. qui filium* 64. *ff. de leg.* 3. Sicut contra, si nominatim legata sint prædia cum reliquis colonorum, neque debetur calendarium, neque pecuniæ a colonis exactæ, & in calendarium versæ *l. prædiis in princ. ff. de legat.* 2.

Calendarium erat liber, seu codex fœ-
6 nebris pecuniæ, in quo scribebantur nomina debitorum, quibus pecuniam mutuabantur, de quo in *l. ejus qui in Provincia ff. de reb. cred. l. Lucius Titius* 88. *in princ. ff. de leg.* 2. *l. nepoti ff. de instr. vel instrum. leg. l. tutores* §. *negligentiæ ff. de admin. tut. l. Sticho libertas* §. *servus ff. de statulib. l. dominus in princ. ff. de pecul. legat. l. uxori ff. de usu & usufr. legat. l.* 3. *C. de compensat.* Dicebatur autem calendarium, quod Calendis Veteres fœnerari solebant, & Calendis usuras exigere, cum in singulos menses usuras paciscerentur. Ovid. *lib.* 2. *de remed. amor.*

Qui Puteal, Janumque timet, celeresque Calendas;
Torqueat hunc æris mutua summa sui.

Horat. *Od.* 2. *Epod.*

Hæc ubi locutus fœnerator Alphius, &c.
Omnem relegit Idibus pecuniam,
Quærit Calendis ponere.

Quare Martialis *lib.* 8. *ep.* 44. calendarium dixit *paginas Calendarum*.

Superba densis arca palleat nummis:
Centum explicentur paginæ Calendarum.

Senec. *de Benefic. lib.* 1. *Nemo beneficia in calendario scribit.*

Sed obstat text. in *l. uxori meæ* 37. *ff. de usu, & usufr. leg.* ubi proponitur hujusmodi legatum: *uxori meæ usumfructum lego bonorum meorum*. Respondit Scævola, deberi usumfructum prædiorum tam rusticorum, quam urbanorum, & mancipiorum, & supellectilis, itemque calendarii.

Facilis est & expedita responsio. Non agitur hic de legato ad certum locum restricto, sed de legato generali bonorum, sine ulla designatione, ac circumscriptione loci. Bonorum autem appellatio continet etiam nomina debitorum, & calen- 7
darium. *l. bonorum in fin. ff. de V. S. l. Princeps* 21. *ff. eod.* Et ideo legato usufructu bonorum, etiam actiones legato continentur *l. ult. ff. de usufr. leg. l. usufructu* 69. *ff. ad Leg. Falcid.*

Secundo, obstat textus in *l. quæsitum* 78. §. *prædia ff. de leg.* 3. ibi: *Prædia quidam reliquit adjectis his verbis: uti a me possessa sunt, & quæcumque ibi erunt, cum moriar. Quæsitum est de mancipiis, quæ in his prædiis morata fuerunt, vel operis rustici causa, vel alterius officii, ceterisque rebus, quæ ibi fuerunt in diem mortis, an ad legatarium pertinerent? Respondit, ea omnia, de quibus quæreretur, legata videri.* Verba illa, *ceterisque re-* 8
bus, & *ea omnia*, videntur comprehendere etiam calendarium, & nomina debitorum.

Sed

Sed non ita sunt interpretanda, Primum, quia non absolute dixit *ceteras res*; sed *ceteras res, quae ibi fuerunt in diem mortis*. Verba autem illa: *quae ibi fuerunt*, restringunt antecedentia verba generalia, ita ut non possint comprehendere calendarium, & nomina debitorum, quæ etsi comprehendantur nomine rerum, & nomine bonorum, ut modo dicebamus; tamen non comprehenduntur appellatione rerum, quæ domi, vel in prædiis sunt, quia loci designatio, ac circumscriptio eas res excludit, ut supra demonstratum est. Præterea, quia cum supra numeraverit J. C. mancipia, quæ in prædiis morata fuerunt operis rustici causa, vel alterius officii, subdens deinceps, *ceterisque rebus, quae ibi fuerunt*, satis evidenter demonstrat, se agere solum de rebus, quæ in prædiis fuerunt ad instruenda prædia, & ad usum prædiorum, vel patrisfam., non vero de rebus, quæ ibi casu, & ad tempus fuerunt. Nam verba, *alii*, *ceteri*, & similia, includunt & comprehendunt res ejusdem qualitatis, & naturæ, *l. quidam relegatus ff. de reb. dub.* Et cum in hoc legato non comprehendantur omnia mancipia, sed ea tantum, quæ ad usum fundi, vel patrisfam. pertinent, multo minus continebuntur nomina debitorum, & calendarium. Continentur igitur ceteræ res, quæ ad instruendum fundum, vel patremfam. ibi fuerunt: sicut hujus generis mancipia continentur.

Tertio, obstat multo difficilior text. in *l. ult. ff. de pecul.* ibi: *Uni ex haeredibus praedia legavit, ut instructa erant, cum servis, & ceteris rebus, & quicquid ibi esset. Servi domini debitores fuerunt tam ex aliis causis, quam ex ratione calendarii: quaesitum est, an ceteris haeredibus adversus eum pecuniae ab his debitae actio de peculio competat? Respondit, non competere.*

Respondetur, hoc legato non comprehendi calendarium, sed id, quod servi
9 domino debebant ratione calendarii. Neque id continetur propter illa verba generalia legati, *& quicquid ibi esset:* nam etsi legata essent prædia cum servis, tamen legatarius de peculio conveniri non posset ab hæredibus ratione ejus, quod servi dominis debebant *l. filiofam.* 54. *ff. de pecul.* Ratio est, quia cum servi dominus sit hæres, cui servus prælegatus est, non autem alii cohæredes, non potest servus quicquam debere cohæredibus, qui neque domini sunt, nec ullam actionem habere possunt contra dominum servi, quia nec defunctus, cui servus debebat, ullam actionem habebat *l. & ancillarum §. sed ipsi ff. eod.* Potest quidem dominus de peculio deducere quod sibi debetur, quia id quod domino debetur, in peculio non est *l. depositi* 5. *in fin. ff. de pecul.* non tamen habet ullam actionem, cum servus naturaliter tantum obligetur *l. nec servus* 41. *ff. eod. l. naturales* 10. *ff. de oblig. & act.* Cum igitur nullam actionem defunctus haberet ad consequendum id, quod sibi a servo debetur, nec potuit eam ad hæredes transmittere *l.* 1. §. *Scaevola ff. si is qui testam. liber. esse juss. l. ult. C. de haered. act. l.* 1. *C. si cert. petat.* Plane cum peculium ipsum 10
legatur, possunt hæredes retinere id, quod servus domino debebat, non jure actionis, sed exceptionis *l. cui consequens* 18. *ff. de pecul.* quia id, quod domino debetur, peculium minuit, & legato non continetur *l. si peculium §. sicut autem ff. de pecul. legato*. Sed hic peculium legatum non est *l. quaesitum §. Celsus scribit ff. de instruct. vel instrum. leg.* & ea solum legato continentur ex peculio, quæ sunt ex prædiis legatis, & ad ea prædia pertinent, & in prædiis sunt, ut ibi sint *l. fundo legato §. fundo ff. de instr. vel instrum. leg.* Non autem nomina debitorum,

II.

II.

De pecunia numerata.

DE calendario, & nominibus debitorum res est confecta: non adeo est ad explicandum expedita quoad pecuniam numeratam. Distinguendum enim est inter pecuniam, quæ fœnerandi, vel expendendi causa ibi habetur; eamque, quæ ibi est præsidii causa.

De pecunia, quæ fœnerandi causa est
11 in aliquo loco, Pomponius ait in *l. si fundus* 44. *ff. de leg.* 3. *Si fundus legatus sit cum his, quæ ibi erunt: quæ ad tempus ibi sunt non videntur legata, & ideo pecuniæ, quæ fœnerandi causa ibi fuerunt, non sunt legatæ*. Ubi observandum, quod ratio, qua movetur J. C. ad statuendum pecuniam fœneratitiam non esse legatam, convenire etiam pecuniæ, quæ expendendi causa ibi habetur.

De eadem pecunia Proculus in *l. si ita legatum* 86. *ff. de legat.* 3. *Si ita legatum est, domum, quæque mea ibi erunt cum moriar, nummos ad diem exactos a debitoribus, ut aliis nominibus collocarentur, non puto legatos esse: & Labeonis distinctionem valde probo, qui scripsit, nec quod casu abesset, minus esse legatum, nec quod casu ibi sit, magis esse legatum*.

De pecunia in genere Paulus in *l. quæsitum* §. 1. *ff. de leg.* 3. ubi cum relictus esset fundus Sempronianus cum suis inhabitantibus, id est, familia, & quæ ibi
12 erunt: respondit, nomina, & nummos non videri deberi.

Et in *l. si mihi Mævia* 92. §. *his verbis ff. eod. His verbis domibus legatis: Fidei hæredum meorum committo, uti sinant eum habere domus meas, in quibus habito, nullo omnino excepto, cum omni instrumento, & repositis omnibus: non videri testatorem de pecunia numerata, aut instrumentis debitorum sensisse*. Ex qua lege illud etiam docemur, quod licet legatum relictum sit verbis universalibus, cujusmodi sunt illa: *repositis omnibus, nullo omnino excepto*: tamen pecuniam numeratam non comprehendit. Quod confirmat Scævola in *l. uxorem* 41. §. *legaverat ff. de leg.* 3. ubi verba legati, *quicquid in patria Gadibus possideo*, non continent pecuniam, quæ in arca Gadibus inventa est, vel ex diversis nominibus exacta, & ibi deposita.

De pecunia redacta ex venditione purpuræ, quod non contineatur legato tabernæ purpurariæ cum servis institoribus, & purpuris, Papinianus in *l. prædiis* §. *pater ff. de leg.* 3. licet nomine tabernæ
continentur merces, & omnia, quæ in 13
taberna deprehenduntur *l. cum tabernam* 34. *ff. de pignor.*

Contra vero pecunia præsidii causa se- 14
posita legato continetur. Tradita fuit hæc distinctio a Proculo, cujus auctoritate Celsus in *l. si chorus* 79. §. *his verbis ff. de leg.* 3. ait: *His verbis, quæ ibi mobilia mea erunt, do, lego: nummos ibi repositos, ut mutui darentur, non esse legatos Proculus ait: at eos, quos præsidii causa repositos habet, ut quidam bellis civilibus factitassent, eos legato contineri: & audisse se rusticos senes ita dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse: peculium appellantes, quod præsidii causa seponeretur.*

Quæ sit pecunia præsidii causa reposita, ac seposita, dubitant Interpretes nostri: & alii alia comminiscuntur. Ego indubitatum existimo, eam esse, quam providus paterfam. ideo seponit, & condit, ne eam in quotidianos usus expen-
dat, neve mutuetur ac fœneretur: sed 15
ut perpetuo ibi habeat, tamquam præsidium adversus fortuitos, & inopinatos casus; ut si casus aliquis improvisus obvenerit, promptam, paratamque pecuniam habeat in numerato, qua possit occurrere ingruenti calamitati, aut adversæ fortunæ resistere. Et ideo recte dicebant rustici illi Veteres, pecuniam sine peculio fragilem esse, peculium appellantes, quod præsidii causa seponeretur. Nam cum facile possint fortuiti isti casus eveni-

nire: si quis sepositam non habeat pecuniam, qua possit impetum fortunæ adversantis eludere, aut calamitati succumbere cogetur, aut bona vendere, aut pecuniam mutuari, quo fiet, ut progressu temporis fœnore trucidetur. Hoc autem bellis civilibus maxime factitatum fuit: nam imminentibus gravissimis periculis, homines providi fiunt; & cum nemo prænoscere posset, quis futurus esset rerum exitus, & undique turbulentissimas tempestates, & luctuosas calamitates impendere providerent, pecuniam seponebant, & condebant, ut si quis adversus casus incidisset, ea possent vel se a factiosis civibus redimere, vel si Patria foret relinquenda, inde peterent vitæ subsidia. Hinc reposita, ac seposita præsidii causa dicitur hujusmodi pecunia, quia tamquam thesaurus reponebatur, ut præsidio esset adversus subitos & calamitosos eventus: quamobrem recte thesauri similitudine utitur Labeo apud Javolenum in *l. si uxori penult.* §. 1. *ff. de aur. & arg. leg.*

16 Peculium etiam dicebatur, quia quemadmodum peculium est id, quod dominus seponit, ac separat a suis rationibus, & servo dat administrandum *l.* 5. §. *ult. ff. de pecul. l. per servum* 37. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* ita hæc pecunia recte peculium dicitur, quia seposita est & separata ab alia pecunia, & a rationibus domini, cum neque expendendi, neque fœnerandi causa habeatur: sed thesauri loco reposita, & certo in loco condita detineatur. Quibus expositis constat, cur ea contineatur in legato mobilium certo loco existentium, quia ibi habeatur ut perpetuo ibi sit, non temporis causa. Quamvis enim occurrente aliquo casu inopinato, & urgente necessitate paterfam. eam sit expensurus; tamen hoc fortuito accidet, & præter opinionem, & cum primum poterit, aliam loco illius subrogabit. Neque enim ut aliquid perpetuo ibi esse dicatur, necesse est, ut numquam possit amoveri: nam & servi, & animalia perpetuo esse dicuntur in fundo, licet facile intereant, & mobilia, licet usu consumantur. Hac igitur in re spectatur solummodo destinatio patrisfam. 17 ut diximus, hoc est, an res destinatione patrisfam. ibi esse soleat. *l. si uxori* §. *cum ita ff. de aur. & arg. leg.* & quod casu abest, ibi esse videtur *l. si ita legatum ff. de leg.* 3. *l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hæred. inst.*

Sed his, quæ hactenus constituimus de pecunia numerata, obstat primo text. in *l. si uxori pen.* §. *cum ita ff. de aur. & arg. leg.* ubi legato argento, quod domi meæ 18 erit, cum moriar, debetur etiam argentum domi depositum: ergo in legato omnium rerum, quæ domi sunt, continebitur non solum pecunia, quæ ibi habetur præsidii causa, ut ibi perpetuo sit, sed etiam alia quæcumque pecunia. Depositum enim quandocumque repeti potest a deponente, etiamsi convenerit, ne intra certum tempus repetatur *l.* 1. §. *est autem &* §. *si deposuero ff. depos.*

Respondetur primum, non eamdem esse rationem argenti, & pecuniæ numeratæ. Pecunia semper est alienationi parata, & in arca haberi solet ad expendendum, vel fœnerandum: argentum ibi habetur ad usum patrisfam. & vendi qui- 19 dem potest, non autem expendi in usus quotidianos. Itaque argentum, nisi fuerit venale, continetur legato rerum domi existentium. *l. Gajus Sejus* 86. *in princ. ff. de leg.* 2. Præsertim quia ibi non agitur de legato generali omnium rerum, quæ domi sunt, sed de legato argenti in specie.

Sed ut ad rem propius accedamus, & ejus legis explicationem aggrediamur: animadvertendum est, ibi agi de argento commodato, & deposito, & de utroque quæri, an legato contineatur. Non tamen utrumque eodem modo accipiendum est. Nam argentum commodatum accipi debet, quod ab alio fuit testatori commodatum. Contra argentum depositum, id quod a testatore fuit alibi depositum. Et ideo cum de argento deposito loquitur

J.C.

J. C. adjecit illa verba, *quod depositum a se*, non posset intelligi de argento deposito apud testatorem, quæ verba omisit in argento commodato, ut intelligeremus, ibi agi de argento, quod sibi commodatum testator reliquit.

Argentum igitur testatori commodatum legato non continetur, quia licet domi fuerit inventum, cum testator mortuus est: tamen cum casu ibi fuerit, nec esse soleret, non videtur domi fuisse: nam verba illa, *quod domi meæ erit*, sic accipi debent, *esse solebat*. *d. l. si uxori* §. 1. *in fin. l. si fundus* 44. *l. si ita legatum* 86.
20 *ff. de leg.* 3. Et ideo de argento commodato nulla fuit inter Ofilium, Cascellium, & Labeonem controversia: nam nec ea, quæ pignori testator habebat, continentur *l. qui habebat* 101. *in princ. ff. de legat.* 3. Non possunt autem hæc intelligi de argento, quod testator alii commodaverat. Etenim de hoc non potuisset inter Labeonem, & alios convenire, cum ratio, quam Labeo adducit, omnino repugnet: quoniam argentum alteri a testatore commodatum esse solebat in domo; & ideo debet legato comprehendi, sicut continetur pecunia alibi a testatore deposita præsentis custodiæ causa *d. l. si uxori* §. 1. *ff. de aur. & arg. leg.* Repugnat etiam alia regula ab eodem Labeone tradita, quam refert J. C. in *l. si ita legatum* 86. *ff. de legat.* 3. videlicet lega-
21 to contineri etiam id, quod casu abest. Quæ regula apud omnes Veteres Jurisconsultos obtinuit *l. quæsitum* 78. §. *fin. ff. de leg.* 3. *l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hæred. inst. l. quæsitum.* §. *Papinianus quoque*, & §. *seq. ff. de instruct. vel instrum. leg.* & alibi passim.

Argentum vero alibi a testatore depo-
22 situm legato continetur, si præsentis custodiæ causa depositum fuerit, ut interim in tutiore loco esset *d. l. si uxori* §. 1. *ff. de aur. & arg. legato*. Quod enim casu abest, non minuit legatum, ut modo diximus. Et quod alio translatum est ad tempus, ut postea in pristinum locum revertatur, abesse non videtur, & legato continetur *l. ex facto* 35. §. *rerum. vers. ceteroquin ff. de hæred. inst.* Quo pertinet text. in *l. cui, quæ Romæ* 84. *ff. de leg.* 3. ibi: *Cui, quæ Romæ essent, legata sunt, ei etiam quæ custodiæ causa in horreis extra Urbem reposita sunt, debentur*. Neque enim assentior iis, qui putant, ibi agi de horreis, quæ sunt in continentibus Urbis Romæ: tum quia generaliter id traditum de horreis extra Urbem, quare continentur etiam horrea, quæ sunt 23
extra continentia: tum quia frustra adjecta essent illa verba, *custodiæ causa*: nam quæ sunt in continentibus Urbis Romæ, semper continentur legato rerum, quæ Romæ sunt. *l.* 4. §. *si ita legetur ff. de penu leg.* Sicut igitur legatis his, quæ Romæ sunt, continentur, ac debentur etiam quæ extra Urbem custodiæ causa translata sunt: ita legato argento, quod domi erit, continetur, ac debetur etiam argentum, quod alio præsentis custodiæ causa translatum est, & ibi depositum. Ubi observandum, quod hic deponendi verbum non refertur ad contractum deposi- 24
ti, sed ad factum ponendi pecuniam tuto in loco custodiæ causa, ut in *l. uxorem* 41. §. *legaverat ff. de legat.* 3. ibi: *An pecunia, quæ in arca domi Gadibus inventa esset, vel ex diversis nominibus exacta, & ibi deposita. l. numquam nuda* 31. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.*

Si vero argentum non ad tempus præsentis custodiæ causa fuerit alibi collocatum, sed perpetuæ custodiæ causa depositum, legato non continebitur, nec legatario debebitur *d. l. si uxori* §. 1. *ff. de aur. & arg. leg.* hoc enim argentum non potest videri domi esse, cum alio translatum sit, non temporis causa, sed ut perpetuo alibi sit, ibi conditum quasi thesaurus. Licet enim vere thesaurus non 25
sit is, cujus depositionis extat memoria *l. numquam nuda* §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* tamen & hæc pecunia condita custodiæ causa thesaurus appellatur *l. peregre in princ. ff. de acquir. poss.* Et hæc est

pecunia, quæ præsidii causa reposita dicitur, & legato contineri in *l. si chorus ff. de leg.* 3. quia ibi esse videtur, ubi perpetuæ custodiæ causa condita est *d. l. si uxori ff. de aur. & arg. leg.* Hæc autem paulo uberius, & accuratius exposuimus, ne quis in eorum sententiam eat, qui putarunt, hanc legem emendandam fore.

Secundo obstat text. in *l. qui filium* 64. *ff. de leg.* 3. ubi legatis prædiis, & his, quæ ibi erunt, excepto calendario, sola ea pecunia excepta intelligitur, quæ
26 calendario fuit a testatore destinata. Ergo reliqua pecunia, quæ calendario destinata non est, debetur, & continetur legato rerum, quæ in prediis sunt.

Respond. quod cum testator exceperit calendarium, hoc est, pecuniam fœneratitiam, videtur voluisse legato comprehendere aliam pecuniam, quam non excepit. *Nam qui hæc excepit, non potest non videri de ceteris rebus, quæ in ea essent, sensisse*: ut ait Neratius in *l. quæsitum §. idem respondit* 43. *vers. denique Neratius ff. de instr. vel instrum. leg.* Constat enim, testatorem, qui excipit ea, de quibus non poterat dubitari, quin etiam eo tacente fuissent excepta, nolle excipere ea, de quibus major est dubitatio: quoniam multo magis hæc excepisset, si noluisset legato comprehendi. Exceptio enim declarat mentem testatoris etiam quoad ea, quæ legato comprehenduntur *l. nam quod liquidæ* 4. *in fin. ff. de penu leg.* Sic etiam legatum universale, in quo testator nominatim voluit comprehendere etiam nomina debitorum, comprehendit etiam pecuniam numeratam *l. his ver-*
27 *bis* 102. *ff. de leg.* 3. quia facilius comprehenditur pecunia, quam nomina debitorum; & ideo qui voluit legare etiam nomina debitorum, & cautiones in lateralibus viatoriis conditas, multo magis voluit legare pecuniam. Præsertim quia lateralia viatoria, hoc est, capsulæ, seu sacculi, qui in itinere ephippiis utrimque ad latera alligantur, non multo plura possunt comprehendere. Itaque etsi quis legasset quicquid in arcula conditum est, non dubitarem legato pecuniam in arca conditam contineri, si in arca illa solebat testator pecuniam condere: quod absque controversia obtineret, si nominatim expressisset, se legare etiam chirographa, & cautiones in arca conditas, ut in *d. l. his verbis ff. de leg.* 3.

Denique contrarius est text. in *l. prædia §. liberto ff. de instr. vel instrum. leg.* ubi pecunia continetur in legato per præceptionem, in quo testator liberto lega- 28
verat *fundum Titianum, & agellum Sempronianum cum instrumento, & his, quæ in eodem erunt, familiaque, quæ in eo fundo moratur, exceptis his, quos manumisero.*

Recte doctissimus Cujac. *ad Africanum* in *l. qui filium ff. de leg.* 3. ait, hoc Scævolæ responsum sine emendatione defendi non posse. Itaque legendum putat: *non contineri, nisi contrariam voluntatem libertus approbet.*

Aliqui existimant, nummos in hoc legato contineri propter illam exceptionem servorum, quos manumisisset. Ut enim diximus ad superius argumentum, cum nemo dubitare posset, non comprehendi servos manumissos, & tamen testator eos nominatim exceperit, videtur, alia omnia non excepta voluisse comprehendere: maxime ea, de quibus multo magis poterat dubitari. Verum enim vero cum hæc exceptio solummodo respiciat familiam servorum, dubito, an possit extendi ad pecuniam numeratam. Potest quidem efficere, ut servi omnes comprehendantur, etiam illi, qui alias non 29
comprehenderentur: an autem possit efficere, ut comprehendatur pecunia numerata, quæ nihil attinet ad servos, & certo non comprehenderetur, valde dubito. per text. in *l. generali §. uxori ff. de usufr. leg.* de quo infra, & in *l. Sejæ in princ. ff. de instr. vel instrum. leg.*

Si hæc cuiquam minus arrideant, defendi non poterit Scævolæ responsum,

nisi

nisi aut dicamus, seu potius divinemus, ibi agi de nummis præsidii causa repositis, qui legato continentur *l. si eborus* 79. *ff. de leg.* 3. aut potius de nummis ad usum familiæ destinatis. Cum enim Veteres per servos prædia colerent, & in ea lege proponatur legata tota familia, utique pecunia opus erat ad familiam il-
30 lam exhibendam. Recte Seneca *Epist.* 17. ait, ad pascendam servorum turbam transmarinarum regionum fuisse optandam fertilitatem. Quæ sane non sunt improbabilia: nam quorsum pecuniam in prædiis habeat paterfam. nisi vel ut eam quasi thesaurum præsidii causa deposuerit, atque condiderit, ut in *d. l. si eborus*, & in *l. si uxori* §. 1. *ff. de aur. & arg. leg.* vel ut ea utatur tamquam fundi instrumento ad pascendos, & vestiendos servos, per quos opera rustica exercentur. Illud etiam tentari posset, nummos illos fuisse pretium vini venditi, quod testator exegerat: & sicut vinum legato continetur, ita & pretium ejus. Sed hoc vix poterit defendi propter auctoritatem text. in *l. prædiis* §. *pater ff. de leg.* 3. nisi dicamus, testatorem ad alendam & exhibendam familiam urgente necessitate vinum vendidisse. Sed de hoc infra, cum de fructibus agemus.

III.

De rebus venalibus.

Res venales legato rerum in aliquo certo loco existentium non continentur *l. generali* 32. §. *uxori ff. de usu & usufr. leg.* ubi quis legavit uxori usumfructum domuum, & omnium, quæ in his domibus erant, excepto argento. Re-
31 spondit Scævola: neque argentum, neque ea, quæ mercis causa comparata sunt, legato contineri. Est autem animadvertendum, quod licet legatum sit universale omnium rerum, & addita sit exceptio argenti, nihilominus hæc duo non efficiunt, ut merces legato contineantur. Quemadmodum non continentur, etiamsi in specie legatum sit ornamentum omne muliebre; quo legato non continetur argentum, quod testator negotiandi causa venale habebat. Quod magis est, nam in hac lege legatum erat in specie ornamentum muliebre: legatum erat universaliter omne ornamentum: nullus certus 32
locus erat assignatus, cujus circumscriptio legatum restringeret: & tamen non continetur ornamentum, quod negotiandi causa testator venale solebat proponere.

Confirmatur per text. in ead. *l. generali* §. *idem quæsiit* 3. *de usufr. leg.* ibi: *Respondit, de his legandis, quæ venalia ibi essent, non sensisse testatorem.*

Idem traditum in *l. nam quod liquidæ* 4. §. *item ff. de penu leg.* ibi: *Item si quis solitus fructus suos vendere, penum legaverit, non omnia, quæ & promercii causa habuit, legasse videtur, sed ea sola, quæ in penum sibi separabat. Quod si promiscue uti solebat, tunc quantum ad annuum usum ei sufficeret, familiæque ejus, ceterorumque, qui circa eum sunt, legato cedet.*

In *l. cum quæreretur* 60. §. *lana ff. de leg.* 3. *Cum penus legata esset, & multas res, quæ penus essent, reliquisset, ex quibus paterfam. vendere solitus esset, &c. sed cum probaretur eum, qui testamentum fecisset, partem penus vendere solitum esse, constitutum esse, ut ex eo, quod ad annum opus esset, hæredes legatario darent.*

In *l. suos autem servos* 73. *eum qui ff. eod.* quidam legavit servos suos, qui venalitiariam vitam exercebat: hoc est, qui erat mango, nempe servorum mercator. Respondit Ulpianus: *Puto suorum numero non facile contineri velle ejusmodi mancipia, nisi evidens voluntas fuit etiam de his sentientis: nam quos quis comparavit, ut illico distraheret, mercis magis loco, quam suorum habuisse credendus est.* Si non continentur legato servorum suorum, licet vere, & proprie sint testatoris, multo minus continebuntur legato servorum alicubi existentium, in quo loci designa-

 tio,

tio, ac circumscriptio manifeste eos excludit, cum casu, & ad tempus ibi sint.

Præter has leges manifesta ratio excludit res venales a legato rerum certo loco existentium. Nam testator, qui res illas vendere destinavit, certe in loco illo collocavit ad tempus, donec eas venderet, non vero ut ibi perpetuo essent.
33 Sunt enim omnino contrariæ hæ duæ voluntates, ac destinationes, quod voluerit, ac destinaverit eas vendere, & simul voluerit, ac destinaverit eas ibi perpetuo habere; sed indubitatum est, legato non contineri res, quas testator ad tempus ibi collocavit, non ut perpetuo ibi essent *l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hæred. instit. l. debitor* 32. *ff. de pign. & hypoth. l. si fundus* 44. *l. qui saltum* 67. *l. si ita legatum* 86. *ff. de leg.* 3. *l. cum de lanionis* §. *Sabinus ff. de instr. vel instrum. leg. l. pen.* §. 1. *ff. de aur. & arg. leg.* Ergo & illud indubitatum est, res venales legato non contineri.

Hinc defendi non potest quorumdam sententia, existimantium, legato quidem non contineri res venales, quæ mercimonii, & negotiationis causa fuerunt a testatore comparatæ, ut illico venderentur, ut videtur indicari in *l. suos autem* 73. §. *eum qui ff. de leg.* 3. & in *l. pediculis* §. *idem cum quæreretur ff. de aur. & arg. leg. l. generali* §. *uxori versic. quæsitum est*
34 *ff. de usu, & usufr. leg.* contineri tamen res proprias ipsius testatoris, veluti fructus prædiorum, licet eos vendere destinaverit, quia hi neque promercii causa habentur, neque sunt in numero mercium.

Etenim eadem ratio, quæ suadet, non contineri legato rerum certo loco circumscriptarum res venales negotiationis causa comparatas, suadet etiam, non contineri alias res venales, quomodocumque eas ad vendendum paterfam. destinaverit: quia neutræ in loco esse videntur, cum ibi sint ad tempus, donec emptorem invenerint. Posset fortasse hoc discrimen aliqua animadversione dignum esse in legato rerum suarum, de quo in *l. suos autem* 73. §. *eum qui ff. de leg.* 3. Nam testator videri potest magis in numero rerum suarum habere fructus, quos ex suis prædiis comparavit, licet eos vendere destinaverit, & alias res hujus generis, quam eas, quas negotiationis causa comparavit, ut distraheret. Ceterum quando agitur de circumscriptione loci, & de destinatione patrisf. quoad certum locum, eadem est omnino omnium rerum venalium natura: omnes enim eodem modo sunt in loco; nempe ad tempus, donec vendantur. Et ideo generaliter Scævola tradidit in *l. generali* §. *idem quæsiit ff. de usufr. leg. de his legandis, quæ venalia ibi essent, non sensisse testatorem*, licet ibi ageret de fructibus in fundo collectis. Et in *l. nam quod liquidæ* 4. §. 2. *ff. de pen. leg.* Paulus ait, eum, qui solitus esset fructus suos vendere, non videri eos legato voluisse comprehendere. Nec dissimile est quod traditur in *l. cum quæreretur* §. *lana ff. de leg.* 3.

Neque verum est, quod assumitur, hasce res numero mercium non contineri, nec promercii causa haberi, & ideo proprie venales non esse, etiamsi ad vendendum fuerint destinatæ. Sunt enim hæ 35
quoque merces *l. ult. ff. de condict. tritic.* ibi: *si merx aliqua petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum*. Et merx est omne quod venditur *l.* 1. *in princ. & in* §. 1. *vers. sed verior est ff. de contr. empt.* itaque mercis causa habetur, quod vendendi causa habetur, *l.* 1. *in princ. ff. de rer. permut. l.* 1. §. *magistri ff. de exercit. action. &* §. *igitur* 12. *vers. sed & si certis ibid. l. mercis* 66. *ff. de V. S.* Et hæ res mercis numero habentur *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejuss. l. cum quis in diem* 22. *ff. de oblig. & act. l. arbitrio* 18. §. *de eo ff. de dolo*, & passim. Item promercii causa haberi dicuntur fructus, quos testator vendere solitus est *l. nam quod liquidæ* 4. §. 2. *ff. de pen. leg.* Et promercii causa haberi dicuntur, quæ quis destinavit ad vendendum *l.* 2. *ff. ad leg. Jul. de vi publ. l.* 3. §. *item is cujus, ff. ad Leg. Corn. de sicar.*

tar. l. cetera §. sed si quis ff. de leg. 1. Paulus *lib.* 5. *sent. tit.* 23. *Qui hominem invitum libidinis, aut promercii causa castraverit*. Item venales dicuntur fructus in prædiis a testatore collecti in *l. generali §. idem quæsiit ff. de usufr. leg. l.* 1. *C. de V. S.* Et in legatis, in quibus venalia non continentur, neque continentur hujusmodi fructus, ut in legato pecoris *d. l.* 4. §. 4. *ff. de pen. leg. juncta l. cum quæreretur §. lana ff. de leg.* 3. & in legato fundi instructi *l.* 2. *C. de V. S. juncta l. quæsitum §. sed si fundus, vers. hoc ergo legato, & l. si ita in princ. & l. si mancipia in fin. ff. de instruct. vel instrum. leg.*

Nec ad rem facit, quod in laudatis legibus proponantur exempla mercatorum, qui negotiandi causa merces venales habent. Nam hoc factum est a veteribus Jurisconsultis exempli causa, quia id in mercatoribus multo frequentius accidit, ut notat Paulus in *l. nam quod liquidæ* 4. §. 2. *in fin. ff. de pen. leg.* ubi proposito generaliter casu ejus, qui fructus vendere solebat, postquam statuit hos fructus, aliasque res venales non comprehendi legato, subdit: *quod fere, inquit Sabinus, evenit in personis mercatorum*. Maxime quia in *l. suos autem* 73. §. *eum qui ff. de*
36 *leg.* 3. agitur de servis, qui venales haberi non solent, nisi a mangonibus, qui eos mercantur, ut vendant. Nam servi mercis appellatione non continentur, & mangones non mercatores, sed venaliciarii vocantur *l. mercis* 207. *ff. de V. S. l.* 1. §. 1. *ff. de tribut. act.* Et in *l. pediculis §. idem cum quæreretur ff. de aur. & arg. leg.* agitur de muliere negotiatrice, quia ejusmodi factum Paulo propositum fuit decidendum. Est enim illud responsum Pauli ad factum propositum. Quin etiam legatus erat mundus muliebris, qui apud mulieres non solet esse venalis, nisi apud mulierem negotiatricem.

Unica igitur superest hujus sententiæ exceptio, quæ proponitur in *l. quæsitum §. idem respondit* 43. *vers. sed & ipse Papinianus ff. de instr. vel instrum. leg.* ibi: *Sed & ipse Papinianus eodem libro Responsorum ait, patrem mercatorem ac fœneratorem, qui duos filios, totidemque fi-* 37
lias hæredes instituerat, ita legasse: filiis maribus domum meam instructam do, lego, darique jubeo: merces, & pignora an contineantur quæri posse? Sed facilem Judici voluntatis conjecturam fore, ceteris patris facultatibus examinatis. Sed in hac specie multa concurrunt, qui fiat hæc conjectura. Instituti hæredes erant filii tam mares, quam fœminæ. Testator voluit prælegato distinguere mares a fœminis, ut par est, si magnæ sint testatoris facultates, & præ illis tenue legatum, verisimile est testatorem, qui præ filiabus voluit honorare filios, voluisse etiam legatum quam pinguissimum relinquere. Testator erat mercator, ac fœnerator, ac propterea verisimile est, hoc casu voluisse comprehendere etiam merces, & pignora pecuniæ creditæ: mercatorum enim patrimonium fere consistit in mercibus, & mercatores considerant merces non aliter, ac alia bona. Ex quibus constat, quam absurda sit eorum sententia, qui putant, merces in legato non contineri solummodo, quando testator erat mercator, quam modo consutavimus. Imo vero ex eo, quod testator esset mercator, ac fœnerator, Papinianus conjecturam ducit, posse merces, & pignora contineri. Neque enim sine causa utrumque expressit: sed mercatorem dixit esse, ut facilius conjicere possimus, eum voluisse comprehendere etiam merces: dixit esse fœneratorem, ut facilius argui possit, voluisse comprehendere etiam pignora.

Potest addi & alia exceptio: si legata sint ea, quæ tabernæ exercendæ, instruendæve causa parata; nam tunc legato merces continentur *l. si ita* 15. *in princ. ff. de* 38
instr. vel instrum. leg.

IV.

Superest, ut de fructibus videamus. Fructus ex fundo legato percepti, & in

in eo coacti, an contineantur legato re-
rum in fundo existentium, inter doctis-
simos Homines est magna dissensio. In
hac quaestione petenda distinctio est a de-
stinatione patrisfamil. quae plurimum est
39 attendenda in hujusmodi legatis *l. cum de
lanionis §. item, vers. optimum. l. fundi in-
strumento ff. de instr. vel instrum. leg.* si pa-
terfam. hos fructus ad usum suum fami-
liaeque destinavit, legato continentur: si
vero eos destinavit ad vendendum, legato
non continentur.

Probatur id primo, quia res venales,
legato non continentur, ut luculenter in
§. superiore demonstravimus. Sed fructus
destinati ad vendendum, sunt res venales,
40 licet ex ipso fundo percepti fuerint *l. ge-
nerali §. idem quaesiit 3. ff. de usufr. leg.* ubi
licet agat de sale nato, ac percepto in sa-
linis testatoris, tamen ipsum recenset in-
ter venalia, ibi: *Respondit, de his legan-
dis, quae venalia ibi essent, non sensisse te-
statorem.* Et in *l. 1. C. de V. S.* ibi: *Quam-
vis ex fructibus vinum, & oleum in eodem
fundo habuit; tamen si id venale fuit, le-
gato non cedere Juris Auctoribus placuit.*
Sed hoc uberius probavimus in §. *supe-
riore versic. Neque verum est.*

Secundo, quia quoad hujusmodi legata
comparantur fructus praedii venales rebus
in praedium translatis ad tempus custodiae
causa *l. 1. C. de V. S.* Sed res existentes in
praedio ad tempus custodiae causa non con-
tinentur legato omnium rerum in praedio,
vel fundo existentium *l. si ita legatum 86.
ff. de leg. 3. l. si fundus 44. ff. eod. l. qui sal-
tum 67. ff. eod. l. pen. §. 1. ff. de aur. &
arg. leg. l. ex facto 35. §. rerum ff. de haered.
instit.* & aliae initio relatae.

Tertio, quia ea, quae ad vendendum
sunt destinata, perinde habentur, ac si
vendita fuissent, quoad hujusmodi legata:
quemadmodum pecunia calendario destina-
ta continetur legato calendarii, & contra,
excepto calendario, censetur excepta etiam
41 pecunia calendario destinata *l. qui filium
64. ff. de leg. 3.* Eadem igitur ratione le-
gato rerum in fundo existentium, non
continentur fructus venditioni destinati;
quemadmodum non continerentur, si jam
venditi fuissent. Destinatio patrisfam. quae
efficit, ut calendario adscribantur pecu-
niae, quae non sunt calendarii, efficit
etiam, ut rebus venditis adscribantur res,
quae nondum venditae sunt.

Quarto, quia comparatur legatum fun-
di cum his, quae ibi sunt, legato fundi
cum instrumento *l. ex facto §. rerum, ver-
sic. ut est apud Mucium ff. de haered. instit.*
& in neutro legato contineri ea, quae agro
illi non essent destinata, ex Mucii sen-
tentia tradit Ulpianus. Unde duplex de- 42
duci potest argumentum. Primum, quod
cum legato contineantur solummodo ea,
quae fundo sunt destinata: & fructus de-
stinati ad vendendum non sint destinati
fundo, utique fructus ad vendendum de-
stinati legato non continentur. Alterum,
quod comparantur haec duo legata: fundi
instructi, & fundi cum rebus, quae ibi
sunt: sed legato fundi instructi, vel fundi
cum instrumento, non continentur fructus
praediorum ibi repositi, ut vendantur, vel
ut in alium usum, quam fundi conver-
tantur *l. 1. C. de V. S. l. quaesitum §. sed si* 43
*fundus 27. vers. hoc ergo legato. l. si ita in
princ. l. si mancipia in fin. ff. de instr. vel
instrum. leg. l. si mihi §. fin. & l. si ita 36.
ff. de leg. 3.* Et solum debetur frumentum,
quod necessarium est ad exhibitionem man-
cipiorum, per quae agri coluntur, & ad
ferendos agros, etiamsi legatus sit fundus
ita ut optimus, maximusque est, cum
omni instrumento rustico, & urbano *l. cum
de lanionis §. item cum fundus 9. ff. de instr.
vel instr. leg.*

Quinto, quia fructus venales non dif-
ferunt ab aliis rebus venalibus; nec ulla
ratio est, cur hoc legatum debeat com-
prehendere fructus venales, cum alias res
venales non comprehendat; etenim omni-
bus legatis, quibus non continentur res
venales, nec continentur fructus venales,
seu destinati ad vendendum. Legatum pe-
nus non continet res venales *l. cum quae-* 44
*reretur §. lana ff. de leg. 3. l. qui penum 3.
§. li-*

§. *ligna ff. de penu leg.* ibi: *Sed Rutilius ligna, & carbones, quæ non vendendi causa parata sunt, contineri ait*. Idem legatum nec continet fructus, quos testator vendere solitus erat *l. nam quod liquidæ* §. 2. *ff. eod.* ibi: *Item si quis solitus fructus suos vendere, penum legaverit, non omnia, quæ & promercii causa habuit, legasse videtur.* Legatum fundi instructi non continet res venales *l. quæsitum* §. *instructo autem fundo* 34. *ff. de instruct. vel instrum. leg.* Idem legatum nec continet fructus venales *l.* 1. *C. de V. S. d. l. quæsitum* §. *Celsus* 30. *ff. de instr. vel instrum. leg.*

Sexto, probatur ex *l. generali* §. *uxori ff. de usufr. leg.* ubi legatus erat usufructus domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus erant, excepto argento: item usufructus fundorum, & salinarum. Etiam legatum fundorum, & salinarum videtur comprehendere omnes res, quæ in his essent: *ad text.* in *l. Sejæ* §. *Gajo Sejo ff. de*
45 *fund. instr.* maxime propter illam particulam *item*, quæ vim habet repetendi *l. in repetendis ff. de leg.* 3. Quæsitum est, cum non minimus salis modus inventus esset, an ejus usufructus ad legatarium pertineret. Respondit Scævola: *De his legandis, quæ venalia ibi essent, non sensisse testatorem*. Sal erat fructus salinarum, sed quia ex quantitate apparebat, fuisse destinatum ad vendendum, legato non continetur. Et constat præterea ex hac lege, eamdem esse rationem fructuum, & aliarum rerum venalium: cum enim in hac lege agatur de fructibus fundi; tamen generaliter Scævola respondet de rebus venalibus; quo evidenter demonstrat, idem esse judicium de fructibus, & de aliis rebus venalibus, ut in superiore argumento dicebamus.

Neque ad rem facit, quod doctissimus Faber animadvertit *lib.* 1. *conject. cap.* 6. ibi legatum fuisse usumfructum, non proprietatem; atque idcirco non videri, testatorem de rebus venalibus cogitasse. Hoc enim nulla ratione suffultum est; quia post Senatusconsultum nulla res est, quæ non cedat in usufructus legatum, ut ait J.C. in *l. usufructu bonorum* 69. *ff. ad leg. Falcid.* Et ideo legato usufructu bonorum, legato continentur non solum prædia tam rustica, quam urbana, & mancipia, & supellex, sed etiam calendarium, & nomina debitorum, imo & fœnus sortium, quas defunctus collocavit *l. uxori fructu* 24.
l. uxori meæ 37. *ff. de usu, & usufr. leg.* 46
adeoque multo magis comprehendit res venales. Igitur natura usufructus non restringit legatum, nec minus late patet legatum usufructus, quam legatum proprietatis, atque omnia eadem complectitur *d. l. usufructu bonorum ff. ad leg. Falcid.* Alia ergo ratio quærenda est, cur in eo legato sal non comprehendatur. Ea autem est communis tam legato proprietatis, quam legato usufructus, & indicatur a Scævola illis verbis: *Respondit, de his legandis, quæ venalia ibi essent, non sensisse testatorem*. Sicut enim venalia non continentur, legata proprietate rerum alicubi existentium; ita nec continentur legato usufructu. Et ratio eadem est in utroque legato, quia non videtur ibi esse, quod ad tempus, & custodiæ causa est accommodatum, ut alio transferatur: quæ ratio supra est exposita luculentius, & pertinet tam ad legatum usufructus, quam ad legatum proprietatis.

Minus ad rem facit, quod quidam commenti sunt, id Scævolam respondisse specialiter de sale, quia sal a salinis extrahitur, quæ publicæ sunt *l. inter publica* 17.
in fin. ff. de V. S. l. si quis sine 11. *C. de* 47
vectigal. Falsum enim omnino est, ibi agi de salinis publicis: nam si publicæ fuissent illæ salinæ, fuisset inutile legatum *l. cum servus* 39. §. *si vero Sallustianos, & seqq. ff. de leg.* 1. §. *non solum Instit. tit. de legat.* Agitur ergo ibi de salinis privatis, quæ erant in prædiis testatoris: hæ autem omnino erant privatæ *l. forma* §. *salinæ ff. de censib. l. magis puto* §. 1. *ff. de reb. cor.* ut recte notat Cujac. ad eam legem.

Postremo denique confirmatur ex *l. prædia* §. *affini suo ff. de instruct. vel instrum. leg.* ubi quidam affini suo ita legavit: *Fundum Cornelianum, ita ut est instructus,*

cum

cum omnibus rebus, & mancipiis, & re-
48 *liquis colonorum dari volo. Quæsitum est, an fructus ejusdem fundi, qui ibi in diem mortis coacti manserint, fideicommisso cedant, cum plenissima testantis erga affinem voluntas ab eo quoque manifestetur, quod reliqua colonorum ejusdem possessionis ad eum pertinere voluerit? Respondit, in hujusmodi scriptura posse responderi, hoc solum quærendum, an manifeste appareat defunctum id, de quo quæreretur, dari voluisse.* Nihil clarius: etiamsi constet de plenissima voluntate testatoris erga affinem suum; tamen fructus coacti non continentur legato, nisi manifeste appareat, eos quoque testatorem dare voluisse.

Non ignoro in Pandectis Florentinis legi: *dari noluisse*. Sed cum vulgata lectio sit consentanea his, quæ supra sunt a nobis demonstrata, non est cur eam repudiare debeamus. Nam, ut ait *Goedd. de*
49 *V.S. Ubi nulla absurditas, nulla lectionum contrarietas, & pugna, quæ discordiam sententiarum gigneret, nulla iniquitas est, adeo studiose inhærere non est opus, quin potius a Florentina lectione quandoque recedere melius, & æquius sit*. Quem laudat, & probat *Brunneman. de concursu action. cap. 3. §. 9.* & multos alios allegat. Sic etiam in *l. qui servum 34. in fin. ff. de obl. & act.* aut deest in Pandectis Flor. negatio in verbo *remanere*: aut abundat in verbis *locum non habet*: alias vix defendi potest ea lectio. Et in eadem lege rectius legitur *tutius*, ut in vulgatis, quam *totius*, ut in Florentinis. Sed admissa etiam lectione Florentina, cui certe plurimum fatemur esse deferendum; tamen id, quod volumus, non obscure demonstratur. Nam Scævolæ dubitationem, ac scrupulum injecit plenissima voluntas testantis erga affinem suum, quam ex eo conjectat, quod etiam reliqua colonorum ejus possessionis ad affinem pertinere voluerit. Hinc ab eo res in controversiam deducta, quia qui voluit id, quod plus est, multo magis vo-
50 luit id, quod minus est. Ceterum si non expressisset reliqua colonorum, res nullam dubitationem habuisset.

His probe constitutis, dubitari non potest, fructus venales non contineri legato rerum, seu legato omnium rerum aliquo in loco existentium, eamdemque esse naturam fructuum, & aliarum rerum venalium. Sed obstat difficillimus textus in *l. prædia §. liberto ff. de instr. vel instrum. leg.* ubi legato fundo Titiano, & agello 51
Semproniano cum instrumento, & his, quæ in eodem erunt tempore mortis, continetur hoc legato etiam aliquantum vini, quod testator in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat.

Non immerito doctissimus Cujacius hanc legem sine emendatione explicari non posse statuit: & Accursius noster, & Bartolus, & alii putant, in dubio præsumendam esse contrariam voluntatem testatoris. Sed cum hæc repugnent verbis legis, alia via tentanda est. Primum igitur animadvertendum est, quod vinum in doliis remanens, aut non erat venditum, aut venditum erat urgente aliqua necessitate, ut puta, ne acesceret. Nam si testator post factum legatum volens vinum vendidisset, etiamsi legato contineretur, & testator, cum legavit, ea mente fuisset, ut vinum quoque comprehenderet; tamen per voluntariam venditionem præsumeretur mutata voluntas, & ademptum legatum *l. legatum 24. §. ult. ff. de adim. leg. l. si ex toto* 52
8. in princ. ff. de leg. 1. l. 1. §. ult. l. si cui fundum 5. ff. de instr. vel instr. leg. Nec potest defendi, quod statuit Anton. Fab. *lib. 1. conj. cap. 6.* ideo legatum non esse extinctum quoad vinum, quod in doliis remanserat, quia nondum traditum erat. Neque enim traditio legatum extinguit, & adimit; sed mutatio voluntatis, quæ arguitur ex voluntaria alienatione. Quamobrem etiamsi alienatio fuerit inutilis, & sine effectu; tamen legatum ademptum intelligitur propter præsumptam mutationem voluntatis *d. l. legatum 24. in fin. ff. de adim. leg. l. 3. §. ult. ff. de instr. vel instrum. leg.* Imo etiam si dilata sit venditio in tempus, quo commode fieri possit; tamen

tamen ſola deſtinatio ad vendendum adimit legatum *l. tabernam ff. eod.* Puto igitur, teſtatorem ibi totum vinum vendidiſſe, excepto eo, quod in doliis remanſerat, quod ad uſum familiæ ſervabat.

Præterea animadvertendum eſt, quod idem Scævola, qui eſt auctor hujus legis, eſt etiam auctor legis *generali §. idem quæſiit ff. de uſu & uſufr. leg.* quam ſupra expoſuimus. Quapropter hæ duæ leges non poſſunt eſſe contrariæ. Expendendum eſt igitur, quodnam ſit in facto diſcrimen. In illa, *non minimus ſalis modus* inventus erat: in hac, *aliquantum vini* in doliis remanſerat. Non temere, ac ſine cauſa hæc expreſſit Scævola, qui in factis referendis, & accurate perpendendis fuit omnium diligentiſſimus, ut omnes norunt. In illa dixit, inventum fuiſſe *non minimum ſalis modum*, ut oſtenderet illum non eſſe deſtinatum ad uſum familiæ, ſed ad vendendum; in hac expreſſit *aliquantum vini* in doliis remanſiſſe, ut oſtenderet non plus remanſiſſe, quam ad uſum familiæ eſſet neceſſarium.

Denique animadvertendum, quod non temere proponit Scævola, vinum illud in doliis habuiſſe teſtatorem, & in doliis remanſiſſe. Vinum enim cum vendebatur, in amphoras, & cados diffundebatur: in
53 doliis vero ad perpetuum uſum ſervabatur *l. vino legato* 14. *juncta l.* 3. *§. ſi vinum ff. de trit. vin. & ol. leg. l. penult. ff. eod.* Plin. *lib.* 14. *cap.* 13. *Invenimus inter exempla, Egnatii Necennii uxorem, quod vinum bibiſſet e dolio, interfectam fuiſſe a marito, eumque cædis a Romulo abſolutum.* Cic. *in Bruto. Ut ſi quis Falerno vino delectetur, ſed eo nec ita novo, ut proximis Conſulibus natum velit; nec rurſus ita vetere, ut Opimium, aut Anicium Conſulem quærat. Atqui eæ notæ ſunt optimæ: credo: ſed nimia vetuſtas nec habet eam, quam quærimus, ſuavitatem, nec eſt jam ſane tolerabilis. Num igitur, qui hoc ſentiat, ſi is potare velit, de dolio ſibi hauriendum putet? minime: ſed quamdam ſequatur ætatem.* Ex hoc, & ex ſimili Plutarchi loco (his enim, & aliis ſuperſedeo, ne longior ſim) conſtat, vinum novum in dolia diffuſum, ut conſervaretur, & ſeneſceret. In noſtra autem lege modicum vini ſervaverat teſtator ad uſum familiæ: neque enim credibile eſt, Veteres ſervis, quorum opera ad colendos agros utebantur, vinum vetus potandum dediſſe.

His animadverſis, conſtat, ibi agi de vino ad uſum familiæ deſtinato, quod utique continetur legato fundi inſtructi *l. quæſitum §. proinde* 28. *verſic. vina quo-* 54
que ff. de inſtr. vel inſtrum. leg. Itaque ſuperius argumentum aut nimis probat, aut nihil probat. Si agit de vino vendito, probat, legato contineri etiam vinum jam venditum, quod falſum eſt, & nemo ſanus dixerit. Si agitur de modico vino deſtinato ad uſum familiæ, vel patris fam. nihil probat, quia hoc non fuit deſtinatum ad vendendum, & ideo ad quæſtionem noſtram non pertinet.

Illud animadvertere operæ pretium eſt, quod licet olim, cum ad agrorum culturam ſervis utebantur, quos alere debebant, hujuſmodi legatis continerentur fructus ad exhibitionem ſervorum neceſſarii *d. l. quæſitum, & l. cum de lanionis §. item cum* 9. *ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.* tamen hoc tempore, quo utimur colonis partiariis, non continerentur illi fructus, quos illis ſolemus ſubminiſtrare, quia hos ipſis vendimus, aut mutuamur, aut cum aliis permutamus.

Poſtremo, contra hanc ſententiam opponebat quidam Judex, quod legatum fundi cum iis, quæ ibi ſunt, magis late pateat, quam legatum fundi inſtructi, & allegabat textum in *l. ſi chorus §. his verbis ff. de leg.* 3. Hinc arguebat, quod ſi 55
legato fundi inſtructi non continentur fructus venales, continentur legato fundi cum omnibus, quæ ibi ſunt.

Inſulſum ſane argumentum: nam probandum eſſet, latius patere quoad comprehendendas res venales. Nam hoc argumento probari poſſet, hoc legato contineri etiam pecuniam, & inſtrumenta, contra text. in *l. quæſitum §. Papinianus quoque ff. de*

de instruct. quia hæc non continentur legato domus cum instrumento *l. si mihi Mævia in fin. ff. de leg. 3.* & alia prorsus absurda concluderentur.

CAPUT XXIX.

AD L. LUCIUS TITIUS

78. ff. tres hæredes 2. ff. ad Senatusc. Trebell.

SUMMARIUM.

I. *Quid differat, an molestia prohibeatur per modum conditionis, an pœnæ nomine.*
II. *In conditionibus merum factum spectatur.*
III. *Proponitur communis distinctio inter molestias justas, & injustas, & reprobatur.*
IV. *Per servum hæreditas acquiritur domino ne momento quidem remanens penes servum.*
V. *Legata in testamento ob meritum relinquuntur.*
VI. *Qui recusat onus injunctum a testatore, indignus est ejus beneficio.*
VII. *Tutor, qui se excusat a tutela, etiam justa de causa legatum amittit.*
VIII. *Pœna non habet locum sine delicto.*
IX. *Dolo facit, qui petit contra præceptum testatoris. & n. 10.*
XI. *Deficiente conditione non datur actio: & ideo cessat exceptio doli.*
XII. *Testator, & contrahentes etiam facto per se honesto & licito possunt pœnam imponere: & quare? & n. 15.*
XIII. *Et possunt imponere petenti quod sibi debetur, & jus suum persequenti.*
XIV. *Ratio affertur. Nemo gravari potest ultra id quod accepit.*
XVI. *Differentia inter pœnas legis, & pœnas testatoris, vel contrahentium.*
XVII. *Pœna conventionalis aliquando confirmat actus invalidos.*
XVIII. *Molestari, & inquietari dicuntur debitores, etiamsi vere sint debitores.*
XIX. *Præceptum turpe, vel impossibile impune non servatur. Exceptiones regulæ supra tradita.*

SEmper in dies invalescit consuetudo apponendi testamentis præceptum non inferendi molestiam alicui, & allatis molestiis privandi hæreditate, vel legato eum, qui non paruit præcepto testatoris. Hujus præcepti exemplum proponit Scævola in *l. Lucius Titius §. tres hæredes ff. ad S. C. Trebell.*

Recte distinguunt DD. an hujusmodi 1
præceptum testator apponat per conditionem, an pœnæ nomine: hoc est, an hæredem instituat sub conditione, *si molestiam non intulerit*: an vero hæredem instituat pure, eumque privet hæreditate, *si alicui molestiam exhibuerit*, & eum inquietaverit. Si sub hac conditione quis fuerit institutus, utique conditioni parere debet, & non consequitur hæreditatem, vel legatum, si quocumque genere molestiæ illum inquietaverit. Etenim in conditionibus 2
nudum factum spectatur, etiamsi nullam vim habeat *l. Mævius 55. ff. de condit. & demonstr. l. mulier, §. 1. 2. ff. de condit. instit. l. servum testamento ff. de man. testam. l. Stichus 24. & l. penult. §. 1. ff. de statu lib.*

Quod si heres pure fuerit institutus, & privetur hæreditate, *si alicui negotium fecerit*, solent distinguere inter molestias justas, & injustas. Si per calumniam, 3
malitiamque heres vexaverit eum, quem inquietare prohibebatur, putant, eum hereditate privandum. Si vero juste ei litem intenderit, non posse privari hæreditate, cum pœnam non incurrat, qui jure suo utitur. Hanc distinctionem probare non possum, si generaliter, & in universum quis prohibeatur alicui negotium facere, molestiam creare, controversiam movere, ipsum inquietare: maxime si, ut hodie fieri solet, tam juris, quam facti molestiæ prohibeantur. Moveor auctoritate Scævolæ in *l. Lucius Titius §. tres hæredes ff. ad S. C. Trebell.* ubi cum fuisset interdictum Sejo, ne quam Sticho moveret controversiam; & si quam controversiam movisset, uncia hæreditatis relicta Sticho ad Mævium reverteretur: respondit Scævola, quod si Sejus aliquam controversiam de uncia hæreditatis facere velit Sticho, ea uncia ad Mævium revertitur. Animadvertendum est in hac lege primum, quod Scævola non exigit injustam controversiam, sed sufficit aliqua controversia: nec requirit ut eum lite, aut longa frustratione vexet, sed sufficit, si controversiam facere

cere velit. Præterea, quod controversia, quam Sejus Sticho facere volebat, justa erat, & rationem habebat. Etenim Sejus non tenebatur restituere unciam illam Sticho manumisso: neque de hoc rogatus erat a testatore, ut respondit Scævola, ibi: *respondit, non proponi Sejum rogatum unciam ei restituere*. Cum igitur servus acquirat hæreditatem domino, adeo ut ne momento quidem maneat penes servum *l. placet 79. ff. de acquir. hæred.* & Sejus dominus non esset rogatus hæreditatem restituere
4 servo manumisso, juste dominus ei controversiam faciebat de hac uncia hæreditatis. Et tamen quia prohibuit testator, ne quam controversiam Sticho moveret, amittit hanc unciam, eaque ad Mævium revertitur.

Moveor etiam evidenti ratione. Quamvis enim molestia, & controversia ipsa per se justa sit, & licita: tamen hoc ipso illicita est, & injusta, quod est contra præceptum testatoris, & pœnam privationis meretur hæres, aut legatarius, quod contempsit præceptum testatoris. Quæ in
5 testamentis relinquuntur, ob meritum relinquuntur *l. nec adjecit ff. pro soc.* Cessat hoc meritum quoties ille, qui a testatore beneficio fuit affectus, ipse parere detrectat. Merito igitur repellitur ab eo,
6 quod petit, vel privatur eo, quod consecutus est ex testamento, cum recuset onus, quod testator imposuit *l. Nesennius versic. recte ergo ff. de excusat. tut.* Merito testator eum indignum sua liberalitate judicavit, cum eum ad insolentiam erexerit ipsa liberalitas, quæ illum ad obsequium inclinare debebat *l. 1. versic. nam qui obsequiis C. de revoc. donat.* An non potest testator rei suæ quamcumque voluerit legem dicere, & pro arbitrio suo disponere? *l. verbis legis ff. de V. S. Authent. de nupt. cap. 2. l. vel negare ff. testam. quemad. aperiant.* Quid autem justius, quam privare sua liberalitate, ac munificentia eum, qui nec obediens, & contumax est, & contemnit præceptum ejus, cujus liberalitate fruitur? Quid injustius, quam lucrum quidem amplecti, onus autem annexum contemnere? *l. un. §. pro secundo in fin. C. de caduc. tollend.* sentire commodum, & incommodum recusare? *l. secundum naturam ff. de Reg. Jur. c. qui sentit 55. de Reg. Jur. in 6.* Æquissimum igitur, est eum aut totum amplecti, aut a toto recedere *l. cum quæritur ff. de admin. tutor.* eique auferri quod relictum est, si non impleat quod præceptum est, *Authent. de hæred. & Falcid. cap. 1. §. 1. & 2.*

Confirmatur exemplo tutelæ. Si tutor datus in testamento, idemque legato honoratus, velit quidem legatum, recuset autem suscipere tutelam, legatum amittit, etiamsi habeat justam causam se excusandi a tutela. Facit enim contra judi- 7
cium testatoris, qui non præsumitur ei dare velle legatum, qui tutelam non administrat, nisi contrarium evidenter expresserit *l. Nesennius cum duabus seqq. ff. de excusat. tut.* Quanto magis igitur repellendus est a legato, vel hæreditate is, quem testator expresse repulit recusantem implere onus injunctum, etiamsi justam habeat causam ejus recusandi?

Doctores, qui contra sentiunt, in errorem induxit, quod pœnam a testatoribus, vel etiam a contrahentibus injunctam putarunt metiendam esse ad normam pœnæ, quæ a legibus infligitur. Quemadmodum enim pœna legis sine delicto non infligi- 8
tur *l. sancimus C. de pæn.* ita crediderunt, pœnam testamentariam locum habere non posse, nisi probetur dolus, malus animus, & calumnia controversiam facientis.

Sed utrumque falsum est. Primum, quod dolo careat ille, qui controversiam movet contra voluntatem testatoris, etiamsi controversia justa sit. Nam qui a testatore 9
damnatus est non petere a debitore suo, dolo facit, si petat. *l. dolo facit 8. ff. de dol. mal. & met. excep. l. apud Celsum 4. §. præterea ff. eod.* ibi: *Hæres, qui non habet voluntatem defuncti, per exceptionem doli repellitur. l. ult. §. avus ff. eod.* ibi: *Quæsitum est, an contra voluntatem defuncti facere videatur, & doli mali exceptione submoveatur.* Et *in ead. l. ult. in fin. ff. eod.* ibi: *Respon-*

spondit, *eam contra voluntatem petere*, *&* *ideo exceptionem doli obstaturam*. Hoc enim ipso delinquit, quod non paret voluntati testatoris: & hujusmodi contumacia pœ-
10 nam hanc meretur, ut repellatur ab eo, quod ipsi fuit a testatore relictum *l. ult.* *§. ult. ff. de doli mal. except.* in qua animadvertendum est, quod legato privatur hæres non ea de causa, quod conditio illa, *si parem rationem fecerit cum cohæredibus*, adjecta institutioni, repetita censeatur in legato: nam si legatum esset conditionale, ipso jure non deberetur; cum defecerit conditio, & ideo non esset confugien-
11 dum ad doli exceptionem. Deficiente enim conditione non datur actio *l. cum duobus* 52. *alias l. si fratres §. si qui societatem ff. pro soc.* & deficiente actione non est opus exceptione *l. 2. ff. de except.* Repellitur igitur a legato, quia non paruit voluntati testatoris, parem rationem faciendo cum cohæredibus. Eadem ratione etiam in *l. filio* 94. *ff. ad Leg. Falc.* filia juste retinet Falcidiam in prælegatis fratris; quia tamen non paret voluntati defuncti solvendo integra prælegata fratri suo, amittit propria prælegata.

Illud etiam falsum est, quod assumunt: videlicet, quod sicut a lege infligi pœna non potest, nisi delinquentibus, ita non possit imponi pœna ab homine de rebus suis disponente vel inter vivos, vel in ultima voluntate: si quidem delicti nomine intelligunt aliquid distinctum a contumacia non obtemperantis præcepto testatoris, aut initæ conventioni, & dolo ejus, qui lucro, & commodo frui satagit, onus
12 autem, & incommodum rejicit. Potest enim testator, possunt contrahentes cuilibet facto alioqui justo, ac licito pœnam imponere, *§. ult. Inst. tit. de V.O. l. si pœnam* 68. *l. continuus* 137. *§. si ut aliquid ff. eod.* Non pertinet ad privatos punire delinquentes: hoc proprium munus est legis. Testator & contrahentes possunt tantummodo pœnam imponere non obedientibus dispositioni, & conventioni. Itaque in hac pœna infligenda non quæritur, justum, an injustum, licitum, an illicitum fuerit factum: sed an sit contra dispositionem, & conventionem. Nihil justius est, quam creditorem petere posse id, quod sibi debetur: & tamen creditori petenti pœna recte imponitur: & si petat contra 13
conventionem, pœnam incurrit *l. amplius non peti ff. rem rat. haberi*. Nihil justius est, quam dominum jure suo uti, & jus suum persequi; & tamen recte a testatore prohibetur, ne quis jure suo utatur, & jus suum persequatur *§. si quis velit Instit. tit. de servit. l. non solum nostrum*, *& l. cum hæres ff. de liberat. legat.* & potest privari hæreditate, vel legato si contra fecerit *l. tutor ff. eod.*

Hujus rei duplex est ratio. Altera, quod hæc pœna non afficit personam, neque bona gravati: sed bona ipsius testatoris, quibus testator eum privat non obtemperantem voluntati suæ: neque enim potest gravari ultra id, quod accepit *l. Imperator* 70. *ff. de legat.* 2. Propterea po- 14
test testator pro suo arbitrio pœnam imponere, cum hæc afficiat propria bona, de quibus pro arbitrio potest libere disponere *l. verbis legis ff. de V. S. Authent. de nuptiis cap.* 2. Et cum possit pro arbitrio hæredem gravare ad restituendam alteri hæreditatem etiam sine ulla causa; multo magis illum gravare potest, si non obtemperaverit suæ voluntati.

Altera est, quia hæc pœna non imponitur ad puniendum delictum, neque ut quis a delinquendo deterreatur, sed ut inducatur ad aliquid faciendum *l. stipulatio ista §. 1. ff. de V.O.* vel ad implendam voluntatem testatoris *l. unic. C. de his, quæ* 15
pœnæ nomine. Quocirca hæc pœna non est exigenda ad normam, præscriptionemque legum, sed ad normam voluntatis testatoris. Atque ut hæc pœna debeatur, sufficit, factum fuisse id, quod fieri noluit testator, sive factum fuerit legitimum, & justum, sive non fuerit: sive malo animo, & malitiose factum fuerit, sive non fuerit; sufficit enim non fuisse impletam voluntatem testatoris *d. l. unic. C. de his, quæ pœnæ nom.* Nihil

Nihil igitur commune habet pœna a legibus injuncta delinquentibus cum hac pœna injuncta contumaciæ non obtempe-
16rantium. Illa suos auctores tenere debet, & ad alios extendi non potest *l. si pœna & l. crimen ff. de pœnis. l. sancimus C. eod.* Hæc imponi potest etiam pro facto alieno *l. stipulatio ista §. 1. ff. de V. O.* Illa debet esse major, minorve pro qualitate delicti *l. perspiciendum 11. ff. de pœn. l. aut facta 16. ff. eod. l. Pedius 4. §. 1. in fin. ff. de incend. ruin. l. sancimus C. de pœn. c. quæsivit in fin. de his, quæ fiunt a major. part. c. felicis §. illud autem de pœn. in 6.* Hæc nullam habet rationem cum delicto, aut facto, cui imponitur; & potest quis privari pinguissima hæreditate ob factum nullius fere momenti, quia in hac solam testatoris voluntatem spectamus, non qualitatem facti. Illa emendatur, & abolentur facta injusta, & illicita, & a legibus prohibi-
17ta *l. sancimus C. de pœnis.* Hac contra confirmantur etiam actus invalidi: ut cum adjicitur pœna stipulationi facti alieni, quæ confirmat stipulationem alias inutilem *l. stipulatio ista §. 1. ff. de V. O. §. alteri instit. tit. de inut. stipul.* cum adjicitur oneri adjecto libertati *l. un. C. de his, quæ pœnæ nom.* cui alias onus adjici non potest *l. 1. §. quæ onerandæ ff. quar. rer. actio non detur.*

Quibus probe constitutis satis apparet, quod si verba testatoris sint idonea ad comprehendendum omne genus molestiæ, non est distinguendum inter molestias justas, &
18injustas. Molestari enim, & inquietari dicuntur debitores, licet vere debitores sint, seclusa dispositione testatoris *l. 3. §. nunc de effectu, & l. Aurelio 20. ff. de liberat. legat.*

Fateor tamen aliquando non incidere in pœnam a testatore impositam eum, qui facit id, quod vetuit testator. Primum, si præceptum testatoris impossibile sit, aut turpe, aut contra leges, aut contra bonos
19mores. Non debetur enim pœna præcepti impossibilis *l. si homo 69. ff. de V. O. l. un. in fin. C. de his, quæ pœnæ nom. l. multa in princ. l. pater 101. in princ. ff. de cond. & dem.* Hæc enim præcepta cum sint impossibilia *l. filius 15. ff. de cond. instit. l. inter stipulantem §. sacram ff. de V. O.* non obligant hæredem, & legatarium *d. l. inter stipulantem §. sacram versic. & ea dumtaxat, & l. impossibilium ff. de Reg. Jur.* eique remittuntur, & pro non scriptis habentur *l. non dubitamus ff. de cond. & demonstr. l. conditiones, quæ ff. de cond. instit. l. facta 63. §. si sub conditione ff. ad S. C. Trebel.* Quamobrem cum remittatur ipsum factum, & pro non scripto habeatur, non potest committi pœna: nec potest mulctari is, qui non fecit id, quod facere non potuit.

Præterea, si hæres, aut legatarius molestiam exhibeat ad conservandam voluntatem testatoris: veluti si petat id, quod sibi relictum fuit in testamento. Hic enim non contemnit præceptum testatoris, nec quicquam facit contra ejus voluntatem, sed ipsam tuetur, & conservat. Neque quisquam videri potest disposuisse ad evertendam voluntatem suam.

CAPUT XXX.

AD L. SOLEMUS

61. & l. si quis intentione 66. ff. de judic.

SUMMARIUM.

I. In judiciis latior fit interpretatio, quam in contractibus.
II. In contractibus maxime spectandum, quid actum fit: & quare?
III. Ex verbis colligitur mens contrahentium. Qui generaliter loquitur singulas species comprehendit.
IV. In judiciis solum spectamus voluntatem proferentis: & quare?
V. In judicium venit omne, quod nominatim non fuit exceptum: & quare?
VI. In exploranda voluntate, id quod verisimile est, sequimur.
VII In judiciis verba præsentis temporis futurum continent.
VIII Compromissa admittunt interpretationem contractuum, non judiciorum.
IX. Late explicatur l. Ædiles 25. §. item sciendum ff. de Ædil. Edict.
X. Actio redhibitoria est bonæ fidei.
XI. Eadem fit interpretatio libelli tam in judiciis bo- no

næ fidei, quam stricti Juris.

XII. Quoad interpretationem verborum non differunt contractus bonæ fidei, & stricti juris.

XIII. An in judicium veniant fructus percepti ante litem contestatam.

XIV. Edictum Ædilium quid contineat.

XV. In judiciis quid sit restituendum actori?

XVI. Quid in actione redhibitoria?

XVII. Libellus ambiguus comprehendit quod actori utilius est: & quare? n. 19.

XVIII. Quantum differant interpretationes contractuum, & judiciorum.

XX. Interpretanda sunt verba, ut actus valeat.

XXI. Etiamsi interpretatio redundet in favorem proferentis.

XXIII. Judex non potest condemnare nisi in id, quod in judicium deductum est.

XXIV. Actore non probante reus est absolvendus.

XXV. Ambigua probatio actori non prodest.

XXVI. Judex certam sententiam ferre debet.

XXVII. An voluntas actoris ab herede possit declarari, & nn. seqq.

XXVIII. Instantia transit in heredem cum omnibus suis qualitatibus.

XXIX. Voluntas a declaratione voluntatis multum differt.

XXX. Si actori jus superveniat inter moras judicii reus condemnandus est.

XXXI. Iniquum est aliquem de alieno facto jurare. Quantum differat juramentum a declaratione voluntatis.

XXXII. Voluntatis declaratio, quæ a lege requiritur, in heredem transit.

XXXIII. Voluntas, quæ ab homine requiritur, simpliciter & ab herede, & a legatario potest declarari.

XXXIV. Secus si per modum conditionis injuncta sit.

XXXV. Conditio injuncta personæ ab ea debet impleri.

XXXVI. Legatum optionis cujusmodi esset olim, cujusmodi sit hodie.

1 IN judiciis latior fit interpretatio, quam in contractibus. *l. si stipulatus 76. §. cum stipulamur ff. de V. O.* ubi hujus interpretationis proponitur elegantissimum exemplum, & discrimen inter contractus, & judicia. In contractibus enim potissi-
2 me spectandum est, quid actum sit inter contrahentes *l. ubi est verborum ff. de reb. dub. l. dotis 7. §. si ususfructus ff. de jure dot. l. qui usumfructum 36. §. stipulatus ff. de usufr. l. sed Celsus §. 1. l. cum in lege 33. & l. fistulas 78. in princ. ff. de contr. empt. l. qui fundum 40. §. fundi eod. l. si venditor in princ. & in §. ult. & l. ex empto §. 1. ff. de act. empt.* Contractus enim utriusque consensu constat, & sine voluntate utriusque contrahentis in idem placitum non contrahitur obligatio. *l. 1. §. conventionis ff. de pact. l. non solum 31. ff. de oblig. & act.* Itaque in interpretando contractu, quid voluerint, quid egerint contrahentes potissimum animadvertere oportet. Non tamen ferendus est debitor, qui cum generaliter contraxerit, postea causatur, se de aliquibus tantum rebus sensisse *l. non est ferendus ff. de transact. l. quicquid adstringendæ in princ. ff. de V. O. l. si mihi & Titio §. 1. ff. eod.* Ex verbis enim, & ex eorum 3
significatione colligitur quid senserint, quid voluerint contrahentes *l. Labeo 7. ff. de supell. leg. l. in ambiguo 3. ff. de reb. dub.* Quamobrem cum in verbis non est ambiguitas, non est admittenda voluntatis quæstio *l. ille aut ille 25. §. 1. ff. de leg. 3.* & repellendus est a probatione contrariæ voluntatis, nec audiendus est, qui contendit, se aliter sensisse: cujus rei elegantissima proponuntur exempla in *l. Labeo ff. de supell. leg. in l. 4. princ. vers. quod si quis ff. de leg. 1.* in *l. quoties §. 1. ff. de hæred. inst.* in *l. si alii 19. ff. de usu & usufr. leg.* Cum igitur genus singulas species comprehendat *l. semper specialia ff. de Reg. Jur. l. si chorus 79. in princ. ff. de leg. 3.* qui generalibus verbis utuntur, id egisse videntur, ut singulas species comprehenderent *l. 1. §. quod autem ff. de aleat. l. ult. in princ. C. de usur. rei jud.*

In judiciis autem multo laxior fit interpretatio verborum; neque enim ea interpretamur secundum mentem utriusque, tam actoris, quam rei, neque spectamus utriusque voluntatem in idem placitum
concurrentem; sed solum voluntatem pro- 4
ferentis; solum quærimus, quid senserit ille, qui dixit. Judicium enim non constat utriusque voluntate & consensu, sed redditur in invitum: quapropter absurdum esset, explorare quid voluerit reus; qui velit, nolit, judicium suscipere cogitur *l. solemus, & l. si quis intentione ff. de judic. l. inter stipulantem §. si Stichum ff. de V. O.*

Quo fit, ut, cum in interpretanda actoris intentione, seu libello, spectanda sit voluntas solius actoris, neque curandum sit, quid reus senserit: id omne in judicium

cium venisse videatur, quod nominatim
5 non fuit exceptum: neque enim quæritur quid inter litigantes actum fuerit, ut veniret in judicium, sed quid voluerit venire actor ipse. Ut autem exploremus vo-
6 luntatem actoris, observandum est, quid verisimile sit, eum voluisse *l. in obscuris 114. ff. de R. J. l. insulam 13. in fin. ff. qui pot. in pign. l. 2. §. si venditor 14. ff. de hered. vel act. vend.* verisimile autem est, actorem non jus suum in judicium deducere voluisse *l. ult. in fin. C. de annal. except.* Et ideo nisi quid ipse nominatim exceperit, aut inter litigantes actum fuerit ne in judicium veniret, omne jus actoris in judicium deductum videtur *d. l. ult. & l. solemus ff. de judic. c. cum Ecclesia 3. §. verum de causa possess.* Et etiamsi verbis præsentis temporis utatur, tamen etiam
7 futura continentur *l. si stipulatus 76. §. cum stipulamur ff. de V. O. cap. Abbate sane §. ceterum cum seq. de sent. & re jud. in 6.*

Ex quibus apparet ratio, cur non eamdem interpretationem sequamur in compromissis: id enim tantummodo venit in compromissum, de quo actum fuit, ut veniret *l. quid tamen 21. alias l. si cum dies 22. §. plenum ff. de recept. arb.* Compromissum constat pacto, & conventione utriusque compromittentis *l. litigatores §. quod ait Prætor & §. interdum l. item si unus §. sed si ita ff. de recept. arbitr.* Est enim con-
8 ventio inter aliquos inita de controversia per arbitrum finienda, cum promissione pœnæ irrogandæ ei, qui non paruerit sententiæ arbitri. Itaque cum compromissa ex consensu reddantur, interpretationem eamdem prorsus admittunt, quam contractus, nec possunt in compromissum venire nisi res, & controversiæ, de quibus actum fuit *l. cum Aquiliana 5. ff. de transact.* ubi observanda sunt illa verba, *quæ ex consensu redditur;* quibus ratio respondendi continetur *l. qui cum tutoribus 9. §. 1. ff. eod. l. si de certa 31. C. eod.* Contra in judiciis, quæ non redduntur ex consensu, spectari non potest, quid actum sit inter litigantes: sed æquum est, ut in judicium veniat omne jus actoris, nisi actum fuerit ne veniret.

Sed contrarium videtur respondisse Ulpianus in *l. Ædiles etiam 25. §. item sciendum in fin. ff. de Ædil. Edict.* ibi: *Quæ ante* 9
judicium contingunt non valde ad judicem pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.

Sunt qui putant, in hac lege agi de judicio stricti Juris, in quo non venit nisi id, de quo nominatim actum fuit, & omissum pro omisso habetur *l. quicquid adstringendæ 99. in princ. l. ita stipulatus 115. in princ. ff. de V. O.*

Vix est, ut operam impendamus in hac falsissima sententia confutanda. Utrumque enim perspicue falsum est. Non agitur ibi de judicio stricti Juris, agitur enim de redhibitione, quæ fit empti judicio *l. ex empto §. redhibitionem ff. de action. empt.* Empti judicium est bonæ fidei *§. actionum* 10
autem Instit. tit. de action. l. fundi 17. §. si ruta & cæsa ff. de action. empt. Falsum est etiam, quod in judiciis stricti Juris verba intentionis actoris stricte sint interpretanda, & in judicium veniat solum id, de quo nominatim est actum. Repugnat enim text. in *l. solemus* in *l. si quis intentione ff. de judic.* in *l. inter stipulantem 83. §. 1. ff. de V. O.* quæ tum generales sunt, tum generali ratione nituntur, quæ pertinet tam ad judicia stricti Juris, quam bonæ fidei. Facultas enim, quam habet 11
Judex ex præscripto Prætoris in judiciis bonæ fidei, non pertinet ad interpretationem libelli, sed ad ea, quæ alterum alteri præstare oportet ex natura conventionis. Nam in strictis judiciis est alligatus verbis contrahentium: in bonæ fidei potest ex bono & æquo æstimare *l. quia tantumdem ff. de negot. gest. l. quicquid adstringendæ ff. de V. O. l. si servus 50. §. ult. ff. de leg. 1. l. quod si nolit 31. §. quia assidua ff. de Ædil. Edict. l. usuræ 34. ff. de usur.* Quin imo, & quoad interpretationem ver- 12
borum ambiguorum eadem est ratio contractuum bonæ fidei, & stricti Juris *l. veteribus 39. ff. de pact. l. Labeo 21. ff. de contr. empt. l. cum quæritur ff. de reb. dub. l. stipulatio*

latio 38. §. *in stipulationibus ff. de V. O.*

Respondent Viri doctissimi, ibi agi de accessionibus, & fructibus perceptis ante litem contestatam, qui cum separati sint
13 a re petita, adeoque differant a re ipsa, non possunt comprehendi petitione rei *l. in aedibus 9. §. 1. ff. de donat.* Quamobrem nominatim petendi sunt; nam quae ante judicium acceptum contingunt, non valde ad Judicem pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.

Ego vero contra sentio, hos fructus, & accessiones venire in judicium redhibitorium, etiamsi nominatim haec petita non fuerint: neque in hac lege agi de libello, & petitione actoris; eamque legem ad rem nostram minime pertinere. Non agitur in ea lege de libello ambiguo, nec de petitione actoris, sed explicatur ab Ulpiano Edictum Aedilium.

Edicto Aedilium cavetur, ut qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi, vitiive sit, & palam recte pronuncient. Si secus fecerint, judicium datur, ut id mancipium redhibea-
14 tur. Si quid autem post venditionem natum, acquisitumve fuerit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat *l. 1. ff. de Aedilit. Edict.* Explicans hoc Edictum Ulpianus admonet, haec omnia, quae exprimuntur Edicto Aedilium referenda esse ad ea, quae percepit actor, seu emptor ante litem contestatam. Nam ea, quae percipit post litem contestatam, praestare cogitur officio judicis, cum post judicium acceptum tota causa in Judicio versetur, & restituenda sit non solum res petita, sed etiam rei causa: hoc est, ut actor habeat omne id, quod habiturus fuisset, si tempore litis
15 contestatae fuisset ei res restituta *l. praeterea, & l. ex diverso §. 1. ff. de rei vind. l. 2. ff. de usur. l. illud ff. de petit. hered.* Itaque de his rebus restituendis necesse non fuit Aediles nominatim Edicto cavere, cum veniant ex natura actionis, &
16 officio Judicis praestandae sint *dd. ll. & §. & si in rem, cum seq. Inst. tit. de offic. Judic.*

De his autem, quae percepit emptor ante litem contestatam, necesse fuit Aediles Edicto cavere, eaque enumerare, & nominatim injungere Judici, ut ad haec quoque restituenda condemnaret emptorem. Ad haec enim restituenda non potuisset Judex condemnare. Non ex officio, quia officium Judicis non extenditur ad ea, quae ante judicium acciderunt *d. l. Aediles §. sciendum in fin. ff. de Aedil. Edict.* Non ex natura ipsorum fructuum, quia cum emptor bona fide possederit, tenetur solum ad fructus perceptos post litem contestatam *l. certum C. de rei vind.* Necessarium igitur fuit, Aediles nominatim cavere de his fructibus restituendis. Hanc puto germanam hujus legis interpretationem.

His expositis constat, verba illa, *nisi fuerint ei nominatim injuncta*, non esse referenda ad libellum, & petitionem actoris, sed ad Edictum Aedilium, quo nominatim injungitur Judici, ut condemnet etiam ad restituenda ea, quae percepta sunt ante litem contestatam. Quamobrem in ea lege non agitur de interpretatione libelli ambigui, aut de iis, quae veniunt in judicium ex petitione actoris, seu de illis, quae petenda sunt ab actore nominatim.

Constat etiam, quod etsi nominatim haec petita non fuerint, tamen Judex ad ea restituenda debet condemnare: veniunt enim ex natura actionis redhibitoriae, & ex Edicto Aedilium, quo nominatim injungitur haec restitutio *d. l. 1. ff. de Aedil. Ed.* Et ideo Judex ex officio debet condemnare, sicut condemnat in fructibus postea perceptis *l. plus est 22. ff. de V. S.*

Hactenus de interpretatione libelli generalis: nunc de interpretatione libelli ambigui. Libellus ambiguus comprehendit id, quod actori utilius est *l. si quis intentione ff. de judic.* Utrumque enim in- 17
terpretamur in favorem actoris. Alia adhibetur interpretatio in judiciis: alia in contractibus.

In contractibus ambigua verba interpretamur contra proferentem, hoc est, con-

contra stipulatorem, locatorem, venditorem *l. eum quæritur ff. de reb. dub. l. stipulatio ista* 38. §. *in stipulationibus ff. de V. O. l. Labeo* 21. *& l. eum in lege* 33. *ff. de contr. empt. l. veteribus ff. de pact.* quia cum con-
18 tractus constet utriusque contrahentis consensu, & sine conventione obligatio non contrahatur *l. non solum* 31. *ff. de obl. & act. l.* 1. §. *conventionis ff. de pact. l. in omnibus rebus ff. de oblig. & act.* utriusque contrahentis voluntas spectanda est, nec minus quid hic, quam quid ille voluerit comprehendere, curandum est *d. l. non solum* 31. *ff. eod.* Est igitur par ratio, par causa utriusque contrahentis. At in pari causa æquum est, verba nos interpretari contra proferentem, qui potuit apertius dicere: ac proinde sibi debet imputare, suæque culpæ adscribere, si obscure dixit *l. veteribus ff. de pact. l. Labeo* 21. *ff. de contr. empt.* Æquissimum enim est, factum cuique suum nocere, non alteri *l. factum* 155. *ff. de Reg. Jur.*

In judiciis vero verba interpretamur in favorem proferentis. Judicium enim solius actoris voluntate constat, cum in reum etiam invitum reddatur *l. inter sti-*
19 *pulantem* §. 1. *ff. de V. O.* Libellus continet intentionem solius actoris: quamobrem verba ex actoris voluntate sunt æstimanda. Quid reus senserit parum refert: sola voluntas actoris spectatur. Ut autem actoris voluntatem exploremus, id quod verisimile est, eum voluisse, debemus investigare *l. in obscuris* 114. *ff. de Reg. Jur. l. insulam ff. qui potior in pign.* verisimile est autem, quemlibet velle id, quod sibi utilius est *l. si ita stipulatus* 109. *ff. de V. O. l. hi qui* 34. *in fin. ff. de fidejuss.* Et ideo actor censetur in judicium deduxisse id, quod sibi utilius est.

Concurrit & alia ratio, quamobrem rei voluntas curanda non sit: quia semper reus negaret, se convenisse, ut judicium eluderet *l. solemus ff. de judic. l. in-*
20 *ter stipulantem* §. 1. *ff. de V. O.* Verba semper interpretanda sunt, ut actus valeat potius, quam pereat *l. ubi est verborum* 21. *ff. de reb. dub. l. quoties in stipulationibus* 80. *ff. de V. O. l. si quando* 109. *ff. de leg.* 1. Eadem est ratio interpretandi actiones, & exceptiones *l. quoties in actionibus* 12. *ff. de reb. dub. l. in contrahenda* 172. *ff. de Reg. Jur.* Et ideo necesse est, in judiciis verba in favorem proferentis interpretari.

Et hac in re judicia non differunt a contractibus. Nam & in contractibus, licet ambigua verba sint interpretanda contra proferentem; tamen si secundum hujusmodi interpretationem contractus sit inutilis, ab illa regula recedimus, & in favorem proferentis verba interpretamur, ne contractus corruat? ut in *l. eum qui* 21
calendis in fine princip. ff. de V. O. In qua lege si verba interpretemur contra stipulatorem proferentem, promissor tenebitur dare calendis remotissimis: longius enim tempus stipulatione comprehensum videtur *l. si ita stipulatus* 109. *ff. de V. O.* Sed si tenetur dare calendis remotissimis, inutilis erit stipulatio: numquam enim venturæ sunt hæ calendæ. Concurrunt igitur duæ regulæ: altera de verbis interpretandis contra proferentem: altera de verbis interpretandis ita, ut actus potius valeat, quam pereat. Quid dicendum? præponderat regula validitatis actus: eaque in hoc concursu potius attendenda; posthabita interpretatione contra proferentem. In judiciis concurrunt hæ duæ regulæ: posthabenda igitur est interpretatio contra proferentem, eaque rejecta, pro proferente verba sunt interpretanda, ne sit inutile judicium.

Sed contrarium videtur respondisse Ulpianus in *l. idem Pomponius* 5. §. *ult. ff. de rei vind. Si plures sint ejusdem nominis servi, puta plures Erotes, nec appareat de quo actum sit, Pomponius dicit nullam fieri condemnationem.* Ergò potius 22
redditur inutile judicium, quam fiat interpretatio in favorem actoris.

Vere tamen contrarium non est, quod in hac lege respondit Ulpianus, iis, quæ respondit Paulus in *l. inter stipulantem* §. *si Stichum ff. de V. O.* Neque enim eadem

dem quæstio in utraque lege pertractatur. In *l. inter stipulantem*, proponitur hujusmodi quæstio. Titius petebat a Mævio Stichum servum, & cum plures essent ejus nominis servi, nullam adjecerat demonstrationem, qua distingueretur, quis ex his peteretur, ut fieri debet *l. si in rem 6. in fin. ff. de rei vind.* Cum autem probare vellet, sibi deberi eum Stichum, quem dicebat, se petiisse: reus negabat, se de eo sensisse, cum litem contestatus est: adeoque servum illum in judicium deductum non fuisse; ac propterea novo libello, nova litis contestatione, novo ju-
23dicio opus esse. Non potest Judex condemnare reum de eo, quod in judicium deductum non fuit *l. ut fundus ff. comm. div. l. ult. C. de fideic. libere.* Respondit J. C. reum, qui vult eludere judicium, audiendum non esse, nec spectandam ejus voluntatem, qui vel invitus cogitur judicium accipere: & actori credendum, eumque servum in judicium deductum esse, quem actor intellexerit.

Contra vero quæstio ab Ulpiano proposita in *l. idem Pomponius §. ult. ff. de rei vind.* est hujusmodi. Petebat Titius a Mævio Erotem servum, & cum plures essent ejusdem nominis, nec in libello demonstraverat, quem petiisset, neque id apparebat ex probationibus. Rogabat, Judicem, ut Titium condemnaret ad præstandum Erotem. Mævius opponebat se non posse condemnari, cum non appareret, de quo servo actum fuisset in judicio. Respondit Pomponius, nullam sequi posse condemnationem. Et recte.
24Nulla sequi potest condemnatio, quia actore non probante, reus est absolvendus, non condemnandus *l. 2. C. de probat. l. 4. C. de edendo l. si quidem 9. C. de except. l. negantes 9. C. de oblig.* probatio autem dubia, & ambigua actori non pro-
25dest: certo enim probare debet quid sibi debeatur *c. in præsentia 8. de probat.* Nulla sequi potest condemnatio, quia Judex
26certam sententiam ferre debet *l. in sententiis 59. ff. de re judic. l. ult. C. de sent. quæ sine cert. quant.* Non potest autem certam ferre sententiam, si non apparet, de quo servo actum fuerit in judicio. Tria enim hæc inter se convenire debent; libellus: probatio: sententia Judicis. In quæstione hujus legis ventum erat ad finem judicii: quæritur enim, an fieri debeat condemnatio: & adhue non apparebat, de quo servo actum fuisset. Præcesserat non solum libellus, & litis contestatio, sed etiam probationes: & tamen non apparebat, de quo servo actum fuisset: ergo non probaverat actor, certum aliquem servum sibi deberi: ac proinde merito reus negabat, fieri posse condemnationem. Non allegabat, se de alio servo sensisse, ut in superiore quæstione: sed dicebat, neque ex libello, neque ex probationibus apparere, de quo servo actum fuisset. In summa supponitur in hac lege aut actorem nihil probasse, aut dubiam, & incertam probationem, qualem rejicit summus Pontifex in *cap. in præsentia 8. de probat.* attulisse.

Est igitur merum commentum Doctorum, qui putant hic agi de ambiguo facti, quod a solo actore declarari potest, fingunt autem hic, actorem fuisse mortuum, antequam declararet suam volun- 27
tatem. Cum autem voluntas ab hærede non possit declarari, adeoque non appareat de quo servo actum fuerit, nulla sequi potest condemnatio.

Quod autem voluntas actoris ab ejus hærede non possit declarari, probant primo, quia alia est voluntas defuncti, alia hæredis, argum. text. in *l. generaliter in princ. C. de reb. cred.* secundo, quia nemo videtur dixisse, quod non mente agitaverit *l. Labeo ff. de supell. leg.* id autem quod quis mente agitavit, cum intus in animo lateat, ab alio explicari non potest. Tertio, quia facultas explicandi voluntatem, personalis est, & ad hæredes non transit *l. centesimis §. ult. ff. de V. O.* Et confirmatur exemplo legati optionis in *§. optionis 23. Instit. tit. de legat.*

Ego tamen contra sentio: in ea lege non agi de actore mortuo, quod est merum purum figmentum: & quamvis ageretur de actore mortuo, tamen posse hæredem declarare ambiguam intentionem de-

defuncti actoris. Etenim instantia transit in hæredem actoris cum omnibus suis qualitatibus, adeo ut hæres jure defuncti utatur, & induat omnia ejus jura, &
28 privilegia, *l. oratione ff. de feriis l. si is qui Romæ, & l. ubi acceptum ff. de judic.* Nam cum quis utitur jure alterius, in eum transeunt omnia, quæ alteri competebant, etiam vitia *l. 4. §. de auctoris dolo ff. de doli & met. except. l. cum hæres ff. de divers. temp. præscr.* Cum igitur defunctus posset declarare ambiguum libellum: poterit eumdem declarare etiam ejus hæres.

Nec enim in hac causa quæritur, an voluntas defuncti sit voluntas hæredis;
29 hoc enim est indubitatum; sed an defuncti voluntatem possit hæres declarare. Multum autem differt voluntas à declaratione voluntatis, quæ multo facilius admittitur *l. hæredes palam §. 1. ff. qui testam.* & facit text. in *l. Theopompus ff. de dot. præleg.*

Imo vero nec agitur de declaratione voluntatis. Neque enim necesse est, ut hæres declaret, quid senserit defunctus actor: hoc enim ab ipsa lege declaratur. Sufficit, ut declaret, quid actori fuerit utilius: hoc enim declarato, lex statuit id ambiguo libello comprehendi: nostra *l. si quis intentione ff. de judic.* Quid actori sit utilius tantummodo quæritur in interpretatione libelli ambigui: id enim accipiendum est *d. l. si quis intentione ff. de judic.* Hoc autem facti est, & quidem extrinseci, quod potest etiam ab hærede declarari: neque enim hujusmodi factum in animo latet, sicut voluntas, adeo ut alteri notum esse non possit. Solus hæres, cui notus est status hæreditarius, scire potest, quid fuerit utile defuncto: ad ipsum igitur pertinet hujus facti declaratio. Præterquam quod cum in favorem actoris, & ne judicium reddatur inutile, reo negante, se convenisse, sit constitutum venire in judicium id, de quo actor senserit *l. solemus ff. de judic. l. inter stipulantem §. 1. ff. de V. O.* quid causæ esse potest, cur non sit credendum hæredi, qui actor est, translata in eum instantia defuncti, atque adeo reddendum sit inutile judicium, & danda sit facultas reo cœptum judicium eludendi? Nemo certe hoc mihi poterit persuadere. Præsertim quia aut probat hæres, deberi sibi servum, quem dicit, in judicium fuisse deductum: aut non probat. Si non probat, utique reus est absolvendus *l. 2. C. de probat. l. 4. C. de edendo*, & similibus. Si vero probat, eum sibi deberi, & debitum fuisse actori, qui petiit, quid causæ est, cur reus velit evitare condemnationem? Etenim, quod magis est, etiamsi ab initio res non recte fuerit petita, quia jus petendi non habebat actor; tamen si inter moras judicii jus actori 30
superveniat, dummodo superveniat ex causa de præterito, non potest reus evitare condemnationem *l. si mandavero tibi 17. ff. mand. l. si rem 9. §. ult. ff. de pignor. act. l. quæsitum 30. in princ. ff. de pecul. c. Abbate sane §. ceterum cum seqq. de sent. & re judic. in 6.* & facit text. in *l. Julianus 11. ff. qui satisd. cog.*

His probe constitutis, ad contraria argumenta facilis est, & prompta responsio. Et quidem in universum respondetur, hic neque agi de transferenda in hæredem voluntate defuncti, quod fieri non potest: neque de transmittenda facultate declarandi, & explicandi voluntatem, ut probavimus; unde omnia argumenta concidunt ipsa per se.

Singillatim tamen respondetur, non posse deduci argumentum a jurejurando ad nudam voluntatem. Primum, quia iniquum est de alieno facto alium jurare *l. Marcellus §. jurare ff. de act. rer. amot.* Non est iniquum alienam voluntatem declarare. Præterea, jurandi necessitas fa- 31
cile remittitur propter quorumdam superstitiosam timiditatem *l. quæ sub conditione 8. in princ. & §. seqq. de condition. inst. l. hæc scriptura ff. de cond. & dem. l. liberto ff. de bon. libert.* Non remittitur necessitas declarandi voluntatem *l. si ita legatum 65. §. illi si volet ff. de leg. 1.* Est igitur futile hoc argumentum.

Non majoris momenti est alterum petitum ex *l. centesimis §. ult. ff. de V. O.* Etenim cum quæritur, an hæres velle possit, cum defunctus non declaravit, se velle, ita distinguendum est. Aut voluntas requiritur a lege, aut ab homine.

Si

Si a lege; nempe si lex disponat, ut actus pendeat a voluntate hominis, facultas declarandi voluntatem transit in
32 hæredem. Ut, puta, legatum non acquiritur invito, sed si voluerit legatarius *d. l. si ita* §. *illi ff. de leg.* 1. si nolit, & repudiet, legatum corruit. Sed si decedat antequam velit, & agnoscat, ad hæredem transmittitur, & potest velle, & agnoscere legatum ipse hæres *d. l. si ita legatum de leg.* 1. & *l. si post diem ff. quan. di. leg. ced.* Item in legato generis, & alternativo habet legatarius facultatem eligendi, & declarandi quid velit ex pluribus rebus legatis §. *si generaliter* 22. *Inst. tit. de legat. l. qui duos* 20. *l. si servus* 108. §. *cum homo ff. de legat.* 1. Quod si moriatur legatarius antequam declaret utrum velit, hæc facultas ad hæredem simul cum legato transmittitur *l. nec semel* §. *si cui homo ff. quan. di. leg. ced.* In casu nostro facultas interpretandi libellum ambiguum, & declarandi quid petere voluerit, competit actori ex dispositione legis *l. solemus* & *l. si quis intentione ff. de judic. l. inter stipulantem* §. 1. *ff. de V. O.* quare non mirum, si transeat ad hæredem simul cum instantia defuncti.

Quod si voluntas requiratur ex dispositione hominis, rursus distinguendum est inter voluntatem, quæ simpliciter, & absolute requiritur, eamque, quæ ponitur in conditione. Primo casu transmittitur
33 ad hæredes *l. illud aut illud ff. de opt. leg.* Et ne quis putet, id fuisse receptum in legatis favore ultimarum voluntatum, idem traditum de contractibus in *l. si stipulatus fuerim* 76. *ff. de V. O.* Stipulatus sum mihi dari Stichum, aut decem, utrum voluero. Etiamsi facultas eligendi sit personalis; tamen simul cum obligatione transit ad hæredem, qui potest eligere utrum velit, Stichum, an decem *d. l. si stipulatus*. Imo transit etiam ad legatarium *l. si sic legatum* 75. §. *si quis ita stipulatus ff. de leg.* 1. In casu nostro voluntas simpliciter & absolute requiritur, non per modum conditionis *l. inter stipulantem* §. *si Stichum ff. de V. O.* Adeoque etiamsi requireretur ex dispositione hominis; tamen ad hæredes transmitteretur facultas declarandi voluntatem, quam defunctus non declaravit.

Secundo vero casu, quando voluntas ponitur in conditione, tunc potest velle solummodo ille, cui est injuncta conditio, eoque moriente, antequam declaret voluntatem suam, intercidit obligatio, neque ad hæredes transmittitur. Quapropter in *l. centesimis* §. *ult. ff. de V. O.* quæ nobis opponitur, si debitor moriatur antequam velit, obligatio corruit; quia verba illa, *cum volueris, dabis*, conditionem faciunt: continent enim expressim, & principaliter tempus, tacite vero, & consequenter conditionem *l. si Titio* 22. *in princ. ff. quan. di. leg. ced. l. quandocumque* 45. §. *non solum ff. de V. O. l. qui promisit ff. de condict. ind.* Idem traditum est & in legatis: nam si legata fuerint Titio centum sub conditione, *si volueris*, intercidit legatum, Titio moriente, antequam declaret voluntatem suam *l. si ita legatum* §. *illi si voles ff. de legat.* 1. *l. si* 35
ita expressum 69. *ff. de cond. & dem.* quia conditio personæ injuncta videtur; & ideo solum ejus personæ, cui fuit injuncta, voluntas spectanda est *d. l. si ita expressum ff. de cond. & dem.* Hæc enim conditio consistit in facto, cum voluntas facti sit *l. consilio* 7. §. *ult. ff. de curat. furios.* conditiones autem, quæ in facto consistunt, implendæ sunt ab eo, cui fuerunt adscriptæ *l. ult. ff. de cond. inst.*

Hinc facile respondetur etiam ad exemplum legati optionis. Nam legatum optionis erat olim conditionale, & ideo solus legatarius optare poterat, non ejus hæres §. *optionis Instit. tit. de legat.* Item optio erat actus legitimus *l. actus legitimi ff. de Reg. Jur.* & actus legitimus per alium expediri non poterat *l. nemo alieno ff. eod.* Hodie autem ex Justiniani constitutione legatum optionis non intercidit, moriente ante optionem legatario, & optandi facultas transit ad hæredes *d.* §. *optionis*. Quapropter argumentum petitum ex *d.* §. pro nobis facit.

FINIS TOMI PRIMI.



